Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat **Dr. Dr. Julius Magnus,** Berlin, Rechtsanwalt **Dr. Heinrich Dittenberger,** Leipzig
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt **Dr. Dr. Max Hachenburg,** Mannheim.

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung,** Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1,** Dresdner Straße 11/13.
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Nikischplatz 3, Zahlungen auf Postscheckkonto Leipzig 10102 zu richten.
Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maaßenstr. 27 erbeten.

Vom Reichsgericht.

Von Reichsgerichtspräsident Dr. Dr. Erwin Bumke, Leipzig.

> Es ist ein schrecklich Ding, sich in einen Prozeß begeben; es ist immer ein im Ungewitter schweben, eine langwierige Reise ohne Zurückkehren, ein Leben ohne Ruhe, ein Geldverlust ohne etwas dafür zu gewinnen, eine Reue ohne Mittel.
>
> Leibniz.

Je stürmischer der Strom des Lebens dahinbraust, desto mehr muß auch die Rechtspflege ihren Gang beschleunigen, wenn sie nicht ihren Zweck verfehlen, zu einem lästigen Hemmnis werden und zum Gespött herabsinken soll. In den Zeiten, die wir durchleben, tauchen immer neue staatliche und wirtschaftliche Probleme in jähem Wechsel auf; mit ihnen zugleich entstehen immer neue Rechtsfragen von höchster Bedeutung. Rechtsverzögerung kommt heute mehr denn je einer Rechtsgefährdung, ja einer Rechtsverweigerung gleich. Was heute wichtig ist, mag morgen ohne Bedeutung sein; was heute richtig ist, hat morgen vielleicht seinen Sinn verloren; was heute rechtens ist, ist morgen vielleicht durch neue Gesetze überholt. Aber nicht nur Staat und Wirtschaft haben an einer schnellen Rechtspflege ein brennendes Interesse. Auch der einzelne vermag heute weniger denn je einen langdauernden Prozeß zu ertragen. Mag es sich um Ehre, Freiheit, um die Lösung einer Ehe, um Vermögensrechte oder welche Rechtsgüter immer handeln; wir wollen nicht nur, daß uns Recht werde, sondern wir müssen erwarten, daß unser Recht uns zu rechter Zeit gegeben werde. Mit einer Entscheidung, mag sie noch so unbequem sein, wissen Staat und Wirtschaft und zumeist auch der einzelne sich abzufinden; auf einem schwankenden Rechtsboden vermag niemand ein festes Haus zu errichten. Unter Wahrung der Güte der Rechtspflege das Höchstmaß der Beschleunigung zu erreichen, ist heute die Forderung des Tages.

Diese Forderung ist an den obersten Gerichtshof des Reichs in erhöhtem Maße zu stellen. Gerade weil die Rechtsprobleme und ihre Bedeutung einem schnellen Wechsel unterworfen sind, ist doppelt geboten, daß die Meinung des obersten Gerichtshofes ohne jeden vermeidbaren Aufschub erkundet und so eine allgemeine Richtschnur für die Instanzgerichte, für die übrigen Behörden, für die Wirtschaft und für jeden einzelnen geschaffen werden kann. Weiter aber erscheint unerläßlich, daß das Reichsgericht auch in dieser Hinsicht den Instanzgerichten ein Vorbild gebe; je prompter es seine Aufgaben erfüllt, desto eher ist zu erwarten, daß auch die Instanzgerichte so gestaltet und ausgestattet werden, wie es dem Bedürfnis einer Beschleunigung der Rechtspflege entspricht.

Freilich können staatliche Maßnahmen und der gute Wille der Gerichte allein uns dem Ideal nicht allzusehr näherbringen. Immer werden Fälle übrigbleiben, in denen die Aufklärung eines verwickelten, vielleicht in langen Jahren verdunkelten Sachverhaltes geraume Zeit erfordert; immer wird es Rechtsfragen geben, die nur bei tiefem Eindringen in einen spröden Stoff und in bedächtiger Erwägung zur Reife zu bringen sind. Vor allem vermag aber keine staatliche Macht die Hemmnisse ganz zu beseitigen, welche die Beteiligten selbst dem Fortgang des Verfahrens nur zu oft zu bereiten pflegen.

Das enthebt den Staat aber nicht der Pflicht, das zu tun, was in seiner Macht steht. Was ist für das Reichsgericht geschehen, was ist erreicht worden?

Ich beschränke mich auf den Zeitraum, während dessen ich dem Reichsgericht angehöre. Im Jahre 1929 klang noch der Gedanke nach, durch die Gesetzgebung eine kräftige Entlastung des Reichsgerichtes herbeizuführen. Alle schon so oft erwogenen Möglichkeiten wurden nochmals geprüft; kein Weg erwies sich als gangbar. Der Gedanke, Hilfsrichter zuzulassen, tauchte auf und wurde verworfen; schließlich zwang die Not, ihn zur Tat zu machen. Das Reichsgesetz vom 1. März 1930 (RGBl. I, 31) wurde geschaffen. Anfang April 1930 treten die ersten Hilfsrichter beim Reichsgericht ein. Einige Zeit versucht man, mit einer Höchstzahl von 10 Hilfsrichtern auszukommen. Die Verstärkung erweist sich als unzureichend; die Zahl muß überschritten werden. Sie steigt weiter und weiter, zeitweise sind mehr als 20 Hilfsrichter tätig. Die Hoffnung,

die Zahl bald wieder erheblich vermindern zu können, hat bisher getrogen; heute noch sind 19 Hilfsrichter dem Reichsgericht beigegeben[1]).

Das Ziel der Kräftevermehrung mußte sein, nicht nur einer zunehmenden Stockung des Geschäftsganges vorzubeugen, sondern auch die bereits eingetretene Stockung zu überwinden. Um darzulegen, ob und inwieweit dies gelungen ist, muß ich zunächst schildern, wie sich der Anfall der Geschäfte in den Jahren 1929, 1930 und 1931 entwickelt hat:

In den Zivilsenaten waren im Jahre 1929 insgesamt 4445 Revisionen eingegangen. Im Jahre 1930 gingen 4294, im Jahre 1931 gingen 4138 Revisionen ein. Die Zahl hat sich also etwas, aber nicht erheblich verringert. Zugleich aber haben sich die Armenrechtsgesuche vermehrt. Im Jahre 1929 gingen 4259, im folgenden Jahre 4797 Armenrechtsgesuche ein; im Jahre 1931 waren es 5058. Die Geschäftslast der Zivilsenate hat sich somit, selbst wenn man nur die nackten Zahlen berücksichtigt und die durch die neue Rechtsentwicklung geschaffenen erhöhten Schwierigkeiten der Rechtsfindung außer Betracht läßt, nicht vermindert[2]). Das Zeitmaß der Erledigung ist aber ein wesentlich anderes geworden. Dies zeigt zunächst folgende Übersicht:

Es waren anhängig geblieben

	Revisionen insgesamt	darunter vorjährige
am 31. Dezember 1929	2351	138
1930	2088	75
1931	1602	61

Auch darin zeigt sich der Fortschritt, daß die Zahl der Sachen, in denen von der Einreichung der Revisionsschrift bis zum ersten Verhandlungstermin mehr als 6 Monate verstrichen sind, sich stark vermindert hat. Die Zahl betrug

im Jahre 1929 1806
1930 1556
1931 1118

Ebenso hat nach und nach die Zahl der Fälle verringert werden können, in denen von der Einreichung der Revisionsschrift bis zum Erlaß des kontradiktorischen Endurteils mehr als ein Jahr vergangen ist. Die Zahl betrug:

1929 180
1930 322
1931 82

Am deutlichsten tritt die Entspannung hervor, wenn man die Art der Terminierung vergleicht.

Am 31. Dez. 1929 waren die Terminstage in einem Zivilsenat bereits bis in den Januar **1931** hinein besetzt; andere Zivilsenate waren mit ihren Terminen bereits bis in die Monate November, Oktober und September 1930 gekommen. Am 31. Dez. 1930 war kein Zivilsenat mit seinen Terminen bereits in die Zeit nach den Gerichtsferien geraten; der letzte besetzte Terminstag war der 10. Juli 1931. Am 31. Dez. 1931 war in keinem Senat ein Termin nach den Gerichtsferien angesetzt; der äußerste, in einem Senat beanspruchte Termin war der 12. Juli 1932. Von dieser Ausnahme abgesehen, waren die Terminstage höchstens bis in den Mai hinein, bei 2 Senaten sogar nur bis Ende Februar besetzt; bei den meisten Senaten fand sich überdies der erfreuliche Zusatz „nicht voll", der besagt, daß für eilbedürftige Sachen noch Raum geblieben ist.

Eine Durchschnittsberechnung ergibt, daß der Zeitraum, bis zu dessen Ende die Termine in Zivilsachen am Jahresende hinausgerückt waren, 1929 rund 6 Monate, 1930 rund 4 Monate und 1931 rund 3 Monate betragen hat. Es ist also gelungen, ihn auf die Hälfte herabzudrücken.

Um das Bild abzurunden, möchte ich noch die wichtigsten Zahlen nach dem neuesten Stand anführen: Am 31. März 1932 waren die Verhandlungstermine nur in einem Senat bereits bis in die Zeit nach den Gerichtsferien hinausgerückt; in einem anderen Senat standen die äußersten Termine Anfang Juli, in 4 Senaten im Juni, in 2 Senaten im Mai an; 1 Senat hatte sogar nur den April voll besetzt. Die Zahl der anhängig bleibenden Sachen ist auf 1530 (am 31. März 1931 noch 1923) gesunken.

Alles in allem darf die Geschäftslage in den Zivilsenaten jetzt wohl als befriedigend bezeichnet werden.

In den Revisions-Strafsenaten sind 1929: 4239, 1930: 3907, 1931: 4133 Revisionen eingegangen. Die Zahl der am Jahresende unerledigt gebliebenen Sachen betrug

1929 . . . 736
1930 . . . 529
1931 . . . 569

Davon schwebten bereits länger als ein Jahr

1929 4
1930 8
1931 4

Das Zeitmaß der Erledigung ist im Laufe der letzten Jahre außerordentlich beschleunigt worden. Vom Eingang der Revision beim Reichsgericht bis zum Erlaß des Urteils vergehen durchschnittlich 50 Tage, also etwa 7 Wochen. Weit schneller fällt die Entscheidung in den Sachen, in denen die Revision durch Beschluß als offensichtlich unbegründet verworfen wird. Hier liegt zwischen dem Eingang und der Entscheidung durchschnittlich nur ein Zeitraum von 6 Tagen. Diese Beschleunigung der Beschlußsachen ist um so bedeutsamer, als mehr als die Hälfte aller eingehenden Revisionen durch Beschluß erledigt wird[3]).

Die Zahl der Fälle, in denen vom Eingang bis zur Entscheidung mehr als 3 Monate vergehen, ist sehr gering geworden; beispielsweise befanden sich unter den 317 Sachen, die im März dieses Jahres erledigt worden sind, nur 12, deren Erledigung mehr als 3 Monate beansprucht hat[4]).

Hiernach gibt auch der Geschäftsgang bei den Revisionsstrafsenaten für den Augenblick zu Beanstandungen wohl keinen Anlaß. Bedenklich muß aber stimmen, daß der Zustrom neuerdings stark wächst. Im ersten Vierteljahr 1931 sind 970 Revisionen eingegangen, im ersten Vierteljahr 1932 dagegen 1147; es ist also eine Vermehrung um 18,5% eingetreten. Hält diese Entwicklung an, so wird eine Vermehrung der Kräfte der Revisionsstrafsenate unabweislich werden und über kurz oder lang auch die Frage entstehen, ob nicht ein vierter Revisionsstrafsenat gebildet werden muß[5]).

Die erstinstanzlichen Strafsachen sind geradezu lawinenartig angeschwollen. Es sind Verfahren anhängig geworden:

im Jahre	wegen Hochverrats	wegen Landesverrats	insgesamt
1929	34	18	52
1930	58	14	72
1931	109	15	124

Noch weit bedrohlicher hat das Jahr 1932 begonnen. Während im ersten Vierteljahr 1931 insgesamt 14 Verfahren

---

[1]) Wie Altersgrenze, Tod und Erkrankungen auf den Mitgliederbestand des Reichsgerichts einwirken, zeigt sich darin, daß die 10 Hilfsrichter, die zu Anfang April 1930 einberufen wurden, bereits sämtlich in freigewordene Reichsgerichtsratstellen eingerückt sind. Dabei ist in diesem Zeitraume eine Senatspräsidentenstelle einem Herrn verliehen worden, der nicht dem Reichsgericht angehörte; ferner ist eine freigewordene Reichsgerichtsratstelle mit Rücksicht auf die besonderen Bedürfnisse des Reichsarbeitsgerichts mit einem Herrn besetzt worden, der nicht zu den Hilfsrichtern gehörte. Also 12 Vakanzen in 2 Jahren! Der Blick in die Zukunft ist noch trüber: In den Jahren 1933 und 1934 wird die Altersgrenze dem Reichsgericht u. a. 5 Senatspräsidenten rauben. Von den 11 Präsidenten, die ich am 1. April 1929 hier vorgefunden habe, werden dann nur noch 3 im Amte sein.

[2]) Im ersten Vierteljahr 1932 haben sich die Eingänge vermindert. Ob es sich um eine dauernde Erscheinung handelt, bleibt abzuwarten.

[3]) Es sind ergangen

im Jahre	Urteile	Beschlüsse
1929	1747	2239
1930	1877	2153
1931	1705	2317

[4]) Dagegen ist der Zeitraum, der von dem Tage der angefochtenen Entscheidung bis zum Eingang der Akten an die Reichsanwaltschaft vergeht, immer noch auffällig lang. Er betrug bei den im März 1932 erledigten Sachen durchschnittlich rund 80 Tage; bei mehr als einem Viertel aller Sachen hat er mehr als drei Monate betragen.

[5]) Die alte Scheu vor einer Vermehrung der Zahl der Senatsteile ich nicht. Am gefährlichsten für die Einheit der Rechtsprechung sind Senate mit einer übermäßig großen Zahl von Mitgliedern.

anhängig geworden waren, hat die Zahl im ersten Vierteljahr 1932 nicht weniger als 69 betragen. Um den Anprall zu bewältigen, sind dem 4. Strafsenat zur Zeit außer dem Vorsitzenden 12 Richter zugewiesen. Wie ihre Kräfte beansprucht werden, geht daraus hervor, daß der 4. Strafsenat in der Zeit vom 1. Jan. bis 31. März 1932 bereits 55 Urteile erlassen hat; gleichwohl sind zu diesem Zeitpunkt noch 77 Verfahren anhängig geblieben. Bisher ist es bei äußerster Anstrengung noch gelungen, die Termine nicht allzulange hinauszuschieben; am 31. März stand der äußerste Termin am 31. Mai an. Zugleich sind naturgemäß die sonstigen Geschäfte des 4. Strafsenats außerordentlich angewachsen. Ob ohne besondere Vorkehrungen der Geschäftsgang beim 4. Strafsenat auch weiterhin flüssig erhalten werden kann, muß bei dem ungeheueren Anprall der letzten Monate zweifelhaft erscheinen[6]).

Die Entwicklung der Geschäfte beim Reichsarbeitsgericht ergibt sich aus folgender Übersicht.

Revisionen sind

im Jahre	eingegangen	erledigt worden	am Jahresschluß anhängig geblieben
1929	590	720	239
1930	714	613	340
1931	642	687	295

Die Termine waren hinausgerückt am Schlusse des Jahres

1929 bis zum 5. März 1931
1930 bis zum 1. April 1931
1931 bis zum 23. März 1932

Im Jahre 1930 sind somit die Geschäfte stark angewachsen. Im Jahre 1931 haben sie merklich abgenommen; zugleich ist es in diesem Jahre gelungen, die Zahl der Entscheidungen wesentlich zu erhöhen und damit zugleich die Zahl der am Jahresschluß anhängig gebliebenen Revisionen zu verringern. Eine große Schwierigkeit, des vermehrten Zuflusses des Jahres 1931 Herr zu werden, ergab sich daraus, daß beim Reichsarbeitsgericht Hilfsrichter nicht verwendet werden dürfen; aus den Senaten des Reichsgerichts konnten Kräfte für das Reichsarbeitsgericht nur allmählich freigemacht werden.

Beim Ehrengerichtshof für die Rechtsanwälte haben sich die Dinge wie folgt entwickelt. Berufungen sind

im Jahre	eingegangen	erledigt worden	am Jahresschluß anhängig geblieben
1929	83	82	28
1930	101	85	44
1931	143	119	68

Die Zahl der Geschäfte ist also in einem Umfang gestiegen, der auf die schlimme Lage der Rechtsanwaltschaft ein grelles Licht wirft. Nur durch Einschieben einer ganzen Anzahl außerordentlicher Sitzungen ist es möglich gewesen, eine Stockung der Geschäfte zu verhüten. Im Jahre 1932 ist bisher ein leichter Rückgang zu verzeichnen; gleichwohl werden auch weiterhin außerordentliche Sitzungen abgehalten, um die gerade in den Ehrengerichtssachen besonders gebotene Beschleunigung zu erzielen[7]). Am 31. März 1932 waren noch 58 Berufungen anhängig, darunter nur noch 26 vorjährige.

Beim Reichsdisziplinarhof sind Berufungen

im Jahre	eingegangen	erledigt worden	anhängig geblieben
1929	156	151	70
1930	186	159	97
1931	169	235	31

Aus dieser Übersicht geht hervor, daß im Jahre 1931 die Geschäftslage wesentlich verbessert worden ist. Wie dies sich auswirkt, geht am besten wohl aus Folgendem hervor. Noch vor etwa einem Jahr vergingen vom Eingang einer Berufung bis zur Entscheidung des Reichsdisziplinarhofs in aller Regel mindestens 6 Monate; jetzt ist der Zeitraum so abgekürzt, daß — von besonderen Ausnahmen abgesehen — das Urteil bereits etwa 4 Wochen nach dem Eingang der Sache gefällt wird.

Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, das Reichsbahngericht und der Disziplinarhof für die richterlichen Militärjustizbeamten können bei einer Betrachtung der Geschäftslast und der Geschäftslage des Reichsgerichts und der mit ihm verbundenen Gerichtshöfe außer Betracht bleiben. Einen nennenswerten Kräfteaufwand beansprucht nur die Staatsgerichtsbarkeit. Dieser Aufwand läßt sich jedoch an der Zahl der zur Entscheidung gelangten Sachen nicht wohl messen; im Vergleich zu der Gesamtleistung des Reichsgerichts und der mit ihm verbundenen Gerichtshöfe fällt er auch kaum ins Gewicht[8]).

Wer durch das dürre Gestrüpp der Zahlen bis hierher gefolgt ist, wird nun eine Antwort darauf erwarten, was weiterhin werden soll; insbesondere drängt sich die Frage auf, welche Maßnahmen mit Rücksicht darauf getroffen werden müssen, daß die Geltung des Hilfsrichtergesetzes am 31. März 1933, also in weniger als Jahresfrist, abläuft. Die Antwort hierauf muß ich für heute schuldig bleiben. Eines scheint mir festzustehen: wenn die Belastung des Reichsgerichts nicht durch einen tiefen gesetzgeberischen Eingriff — an dessen Möglichkeit und Heilsamkeit ich zweifle — vermindert wird, und wenn nicht eine innerpolitische Entspannung die Flut der politischen Strafsachen[9]) zurücktreten läßt, wird man nicht daran denken dürfen, die Kräfte des Reichsgerichts wieder auf den Stand von 1929 zurückzuschrauben. Falls dies geschähe, so würde die mühsam, unter letzter Anspannung aller Kräfte[10]) erzielte Beschleunigung des Geschäftsganges alsbald wieder verlorengehen; eine neue, vielleicht schlimmere Stockung würde unvermeidlich sein. Andererseits wird niemand wünschen, daß die Mitwirkung von Hilfsrichtern beim obersten Gerichtshof des Reiches zu einem Dauerzustand werde. Ceteris paribus wird man sich rechtzeitig vor dem 31. März 1933 entschließen müssen, die Zahl der ordentlichen Mitglieder des Reichsgerichts zu vermehren. Daß dies über das Maß des unbedingt Notwendigen hinaus geschehe, wird kein Verständiger befürworten; daß der Entschluß in einer Zeit schlimmster finanzieller Bedrängnis und eines allgemeinen Abbaues der Behörden besonders schwer zu fassen ist, ist unverkennbar. Ich glaube aber, daß Staat, Wirtschaft und der einzelne jede unangebrachte Ersparnis am Körper der Justiz letzten Endes teuer würden bezahlen müssen. Mir scheint auch, daß rein finanzielle Erwägungen für eine schleunige Rechtspflege sprechen. Zahllose Rechtsmittel werden nur eingelegt, um die Rechtskraft einer an sich als unabwendbar erkannten ungünstigen Entscheidung hinauszuschieben. Die Neigung hierzu muß geringer werden, je kleiner der Aufschub ist, der gewonnen werden kann. Erreicht die Beschleunigung einen gewissen Grad, so stehen die Kosten des Rechtsmittels und die mit der Fortführung des Verfahrens verbun-

---

[6]) Im ersten Vierteljahr 1932 sind 146 Beschlüsse in Haftprüfungssachen ergangen (im ersten Vierteljahr 1931 waren es nur 36, im ersten Vierteljahr 1930 sogar nur 20). Dazu kommen die Entscheidungen auf Grund der VO. zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen v. 28. März 1931 (RGBl. I, 91). Im Jahre 1931 sind 192 derartige Entscheidungen ergangen, im ersten Vierteljahr 1932 bereits 51.

[7]) Vornehmlich in den leider verhältnismäßig zahlreichen Fällen, in denen die Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft in Frage kommt, haben, wie gerade an dieser Stelle keiner näheren Ausführung bedarf, die Anwaltschaft und die Allgemeinheit einen Anspruch auf schnelle Entscheidung.

[8]) In den Jahren 1929, 1930, 1931 hat der Staatsgerichtshof insgesamt 56 Entscheidungen gefällt. In derselben Zeit hat das Reichsgericht 13579 Entscheidungen in Zivilsachen und 12270 Entscheidungen über Revisionen in Strafsachen erlassen.

[9]) Auch in den Revisionsstrafsenaten spielen zur Zeit die politischen oder doch politisch motivierten Taten eine große Rolle.

[10]) Welche Anforderungen an die Kraft und Arbeitsfreudigkeit aller Beteiligten gestellt werden mußten, um zu dem jetzigen Stande zu gelangen, kann der Außenstehende schwer ermessen. Es darf dabei nicht übersehen werden, daß jeder neu eintretende Richter geraume Zeit braucht, um sich mit dem ihm fremden Arbeitsgebiet des Reichsgerichts ganz vertraut zu machen. Man darf deshalb die Dinge nicht so ansehen, als ob die richterlichen Kräfte des Reichsgerichts von April 1930 an um zehn und nach und nach um weitere zehn von vornherein voll leistungsfähige Kräfte vermehrt worden seien. Gerade an den alten Bestand des Reichsgerichts sind in den letzten Jahren ganz außerordentliche Anforderungen gestellt worden. Ihnen für ihre Hingabe zu danken, ist hier nicht der Ort. Wohl aber liegt mir daran, hervorzuheben, welche verständnisvolle und opferwillige Unterstützung das Bestreben, den Rechtsgang zu beschleunigen, auch bei den dem Reichsgericht nicht angehörenden Mitgliedern des Staatsgerichtshofs, des Ehrengerichtshofs und des Reichsdisziplinarhofs gefunden hat.

denen Mühen und Aufregungen mit dem erhofften Vorteil nicht mehr im rechten Verhältnis[11]). Im übrigen kann ich nur wiederholen, daß meiner Überzeugung nach unsere Zeit mehr denn irgendeine andere eine schleunige Rechtspflege erfordert. „Die Gesunden bedürfen des Arztes nicht, wohl aber die Kranken!"

[11]) Anscheinend macht die günstige Wirkung sich auf gewissen Gebieten schon bemerkbar. So haben sich die Revisionen in Ehesachen in letzter Zeit stärker vermindert als die Revisionen im allgemeinen; gerade in Ehesachen ist aber der Geschäftsgang besonders beschleunigt worden. Auffällig ist ferner, daß an den Reichsdisziplinarhof in letzter Zeit weniger Berufungen gelangen, obwohl die Zahl der Beamtendelikte, wie sich in den Strafsenaten zeigt, stark im Steigen begriffen ist. Die Annahme liegt nahe, daß die schnelle Erledigung der Berufungen durch den Reichsdisziplinarhof manchem Beamten die Neigung nimmt, eine an sich aussichtslose Berufung einzulegen, nur um noch eine Zeitlang im Besitz seines Gehaltes zu bleiben. Bemerkenswert ist übrigens auch, daß durch die Beschleunigung des Verfahrens im Reichsdisziplinarhof ganz erhebliche unmittelbare Ersparnisse für das Reich erzielt werden, weil sich eben hierdurch der Zeitraum verkürzt, während dessen dem Angeschuldigten, der in erster Instanz zur Dienstentlassung verurteilt ist und hiergegen ohne Erfolg Berufung einlegt, sein Gehalt noch weiter gezahlt werden muß. Wie groß diese Ersparnis ist, läßt sich schwer errechnen; ich glaube, daß sie bei der jetzt erreichten Beschleunigung auf etwa 60 000 ℳ jährlich geschätzt werden kann.

Der Entwurf einer Zivilprozeßordnung.

(Fortsetzung der Aufsatzreihe JW. 1931, 2433 ff., 2537 ff., 3501 ff.; 1932, 85 ff., 626 ff., 1110 ff.)

Das Berufungsverfahren.

I. Vgl. Heilberg: JW. 1931, 2434.

II. Vgl. Preiser: JW. 1931, 2436.

III. Vgl. Lucas: JW. 1931, 3504.

IV. Vgl. David: DJZ. 1932, Sp. 132.

V.

Zur Frage der Ausschließung neuen Parteivorbringens in der Berufungsinstanz.

Von Senatspräsident Dr. Reuthe, Celle.

Der Grundsatz im Entwurfe, daß die Parteien in der Berufungsinstanz Angriffs- und Verteidigungsmittel, die in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, insbes. neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen können, erhält im Abs. 2 des § 494 eine bedeutsame Einschränkung:

„Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie Beweismittel und Beweiseinreden, die in erster Instanz nicht geltend gemacht worden sind und deren Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde, sind jedoch nur zuzulassen, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts die Partei sie weder in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, noch aus grober Nachlässigkeit erst in zweiter Instanz vorgebracht hat."

Wie die Erläuterungen zu dem Entwurfe ergeben, ist der Zweck dieser Vorschrift der, eine Beschleunigung des Verfahrens zu erreichen. Gewiß, die Klagen über die lange Dauer nicht nur der Straf-, sondern auch der Zivilprozesse sind zur Zeit besonders zu vernehmen. Sie sind aber keineswegs gerade der jetzigen Zeit charakteristisch, schon immer — auch vor 1879 — hat man gegen die Justiz den Vorwurf erhoben, sie arbeite zu langsam. Daher erscheint die Frage nicht unberechtigt, ob die lange Dauer eines Prozesses wirklich in einer fehlerhaften Gesetzgebung ihren Grund hat, ob nicht vielmehr die schlechte Handhabung des Gesetzes oft den Anlaß zu der Prozeßverzögerung gibt, und ob es notwendig ist, zu so einschneidenden, die bisherigen Prozeßgrundsätze verlassenden Maßnahmen, wie sie § 494 Abs. 2 des Entw. darstellt, zu greifen. Wenn man aber glaubt, diesen Weg beschreiten zu sollen, so muß er auch zum Ziele führen und wirklich geeignet sein, den Gang des Prozesses zu fördern und zu beschleunigen. In dieser Hinsicht erheben sich aber die schwersten Bedenken.

In der Berufungsinstanz soll neues Parteivorbringen, das geeignet ist, die Erledigung des Rechtsstreites zu verzögern, künftig nur unter gewissen Bedingungen zugelassen werden. Damit sind dem Parteivorbringen, das an sich für die Entscheidung des Rechtsstreites als erheblich erachtet wird — denn unerhebliches kann den alsbaldigen Richterspruch nicht hindern —, einengende Schranken gesetzt. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist es nur zuzulassen, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts die Partei einmal nicht die Absicht hat, damit den Prozeß zu verschleppen, sodann wenn sie auch nicht aus grober Nachlässigkeit es erst in der zweiten Instanz vorbringt. Danach wird künftig in der Berufungsinstanz, bevor zu der Frage der Erheblichkeit eines Parteivorbringens und zu der Frage einer Beweisaufnahme darüber Stellung genommen wird, sich ein Streit darüber erheben, ob die beiden Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Parteivorbringens gegeben sind oder nicht. Keine der Parteien wird zögern, in ergiebigen An- und Ausführungen unter Angabe von Beweismitteln dem Richter die Überzeugung beizubringen, daß das neue Vorbringen unbedenklich zuzulassen sei oder daß das gerade Gegenteil der Fall sei. Ein erbitterter Kampf wird sich erheben. Man glaube doch ja nicht, daß eine Partei leichthin sich der Gefahr aussetzen wird, ihr neues Vorbringen ausgeschlossen zu sehen und damit den Prozeß zu verlieren. Der Richter wird genötigt sein, zu diesen unter den Parteien sich ergebenden Streitpunkten Stellung zu nehmen. Verlegung von Terminen, Erhebung von Beweisen wird die Folge sein. Bis alles erledigt und geklärt ist, hat aber die Gegenpartei ihrerseits längst auf das erheblich erscheinende, aber angeblich zurückzuweisende Vorbringen des Gegners erwidert, es hätte längst darüber, soweit es geboten ist, Beweis erhoben werden können. Das Gegenteil einer Prozeßbeschleunigung ist eingetreten. Denn wird nach mehr oder minder langen Verhandlungen festgestellt, daß das neue Parteivorbringen zuzulassen sei, so muß jetzt erst zu der Frage einer Beweisaufnahme darüber geschritten werden. Ein guter Richter allerdings wird hoffentlich inzwischen auch die Frage der Erheblichkeit und der Richtigkeit des von den Parteien neu Vorgetragenen geklärt und festgestellt haben und damit in der Lage sein, den Prozeß der wirklichen Sach- und Rechtslage entsprechend zu entscheiden. Soll er nun jetzt ein offensichtlich falsches, dem wahren Tatbestande nicht gerecht werdendes Urteil fällen, wenn er zu der Überzeugung kommt, das neue Vorbringen der Partei, welches ihr zum Siege zu verhelfen geeignet ist, darf gem. § 494 Abs. 2 des Entw. nicht zugelassen werden?

Nach dem dem § 494 Abs. 2 entsprechenden, jetzt in Kraft befindlichen § 529 Abs. 2 ZPO. „kann" neues Vorbringen zurückgewiesen werden, wenn durch dessen Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert wird und nach der freien Überzeugung des Richters die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Fahrlässigkeit es nicht früher vorgebracht hat. Diese Vorschrift, welche die

Frage der Zulassung in das Ermessen des Richters legt, ohne ihm gleichzeitig irgendeine Pflicht aufzuerlegen, dient den Interessen der Prozeßbeschleunigung in durchaus genügendem Maße; irgendeine Änderung auf gesetzgeberischem Wege ist insoweit nicht geboten. Seit langem ist es ein geheiligter Grundsatz, den Parteien im Zivilprozeß die Nachprüfung ihres tatsächlichen Vorbringens in zwei Instanzen sicherzustellen und ihnen bis auf geringfügige Ausnahmen in ihren An- und Ausführungen keine Beschränkungen aufzuerlegen. Jedermann weiß, daß im ersten Rechtszuge der viel beschäftigte Anwalt es vielfach verabsäumt, den Sach- und Streitstoff erschöpfend und vollständig dem Gericht zu unterbreiten, und daß der ebenso stark beschäftigte Richter es unterläßt, von seinem Fragerecht und seiner Fragepflicht den notwendigen Gebrauch zu machen. Sehr häufig wird durch das erstinstanzliche Urteil der Rechtsstreit erst in die richtige Bahn gelenkt, und die Parteien wissen erst jetzt, was sie in ihrem Interesse vorzubringen haben. Sollen sie darin irgendwie einengenden gesetzlichen Bestimmungen unterworfen werden? Soll sich der Anwalt seiner Partei gegenüber dem Vorwurf aussetzen, er habe bisher sach- und pflichtwidrig den Prozeß geführt? Und in eine nicht minder schwierige Lage wird der Richter gebracht. Seine Pflicht ist es, den ihm vorgelegten Streitstoff in erster Linie sachlich richtig zu entscheiden. Berücksichtigung formaler Bestimmungen hat immer etwas Mißliches an sich. Einen Gewissenskonflikt aber bedeutet es für den Richter, wenn er das Vorbringen einer Partei für erheblich ansieht und weiß, daß es geeignet ist, ihr einen günstigen Prozeßausgang zu sichern, wenn er es aber gemäß der Vorschrift des § 494 Abs. 2 des Entw. nicht beachten darf. Eine Partei wird es nie verstehen, daß ihr gutes Recht ihr aus außerhalb der materiellen Sachlage liegenden Gründen versagt wird, und zu leicht wird sie geneigt sein, in einer Entscheidung auf Grund des § 494 einen richterlichen Willkürakt zu erblicken.

Die Justiz sollte alles unterlassen, was geeignet ist, Mißtrauen gegen sie hervorzurufen! Die Klagen über einen zu langsamen Prozeßgang werden vielleicht verstummen, vielleicht! Dafür aber werden andere Klagen laut werden, die weit gefährlicher und dem Ansehen der Gerichte weit abträglicher sind, Klagen über die Güte der Rechtsprechung.

VI.

Die Noven in der Berufungsinstanz.

Von Rechtsanwalt Dr. Ferge, Celle.

Mit Recht wenden sich Heilberg und Lucas: JW. 1931, 2435 und 3504 gegen den Versuch des Entwurfs einer neuen ZPO., das novum judicium für die Berufungsinstanz dadurch zu beseitigen, daß verzögernde Angriffsverteidigungsmittel usw. nur zugelassen werden dürfen, wenn nach freier richterlicher Überzeugung weder Verschleppungsabsicht noch grobe Nachlässigkeit den Grund für das Vorbringen in zweiter Instanz bildet (§ 494). Heilberg bezeichnet den Vorschlag als „durchaus bedenklich". Lucas kritisiert ihn ebenfalls negativ, aber m. E. sieht er doch nicht genügend die Gefahr, die sich hinter dieser scheinbar unbedeutenden Änderung des jetzigen schon schwer genug erträglichen Zustandes verbirgt. Die Begründung des Entwurfs kommt in längeren Ausführungen zu dem erfreulichen Schluß, das Novenrecht müsse grundsätzlich bestehen bleiben, weil sein Ausschluß als Änderung altgewohnter deutscher Rechtsauffassung „von den Rechtsuchenden als unbillige Rechtsverkürzung empfunden" werden würde, „auch die Anwaltschaft einmütig dagegen sein" und „selbst in Richterkreisen starke Bedenken hervortreten" würden. Dabei ist für den Kenner der heute bei Justizverschlechterungsplänen üblichen Argumente bemerkenswert, daß noch nicht einmal der sonst bis zum Überdruß vertretene Gedanke zur Beseitigung des Novenrechts ausreichen soll, die an sich wünschenswerte Rechtsangleichung an Österreich verpflichte Deutschland auch in diesem Fall, eine Maßnahme von Österreich kritiklos zu übernehmen und dadurch Deutschlands Recht noch weiter zu verschlechtern, die in Österreich angebracht sein mag, in Deutschland aber einen völligen Umsturz des geltenden Prozeßrechts und eine unabsehbare Rechtsverschlechterung zur Folge haben würde. Leider hat aber der Entwurf trotz der Aufrechterhaltung des Novenrechts den an sich naheliegenden Gedanken, daß die Prozeßordnung ein Mittel zur Findung des Rechts durch Feststellung eines möglichst richtigen Tatbestandes sein solle, durch rechtsfremde und polizeistaatliche Gedanken beeinträchtigt. Der Gedanke, daß die richtige Rechtsfindung über alles gehe, ist mißliebig geworden. Man sieht jetzt nur noch die unerwünschte „freie Betätigung des Einzelegoismus", der der Staat angeblich Schranken entgegensetzen muß. Der schöne Gedanke der „Arbeitsgemeinschaft zwischen Gericht und Parteien zur Förderung des Rechtsganges" soll dazu führen, daß in Zukunft in der Berufungsinstanz das Gericht sich mit der Frage, wer von den Parteien sein Recht erhält, erst in zweiter Linie befassen darf, während in erster Linie geprüft werden muß, ob der Untertan nicht verpflichtet gewesen wäre, die Tatsachen, mit denen er in der Berufungsinstanz zu seinem Recht zu kommen hofft, schon in erster Instanz vorzubringen. Grundsätzlich bedeutet das gegenüber dem jetzigen Zustand eine völlige Verschiebung der Rechtsgrundlage. Heute hat das Gericht in erster Linie Recht zu suchen und zu finden. Es steht ihm allerdings frei, in besonders krassen Fällen auch zu prüfen, ob nicht eine Partei grobfahrlässig oder in Verschleppungsabsicht den Prozeß langzuziehen sucht. Nach dem Entwurf würde die Rechtsfindung in die zweite Linie gedrängt werden. Jede neue Behauptung und jeder neue Beweisantritt müßten erst darauf geprüft werden, ob er nicht grobfahrlässig oder in Verschleppungsabsicht erst in zweiter Instanz vorgetragen ist. Daß diese Frage vom Gericht „nach freier Überzeugung" zu entscheiden ist, scheint mir kein Äquivalent für die gebotenen Nachteile zu sein, sondern nur eine leere Phrase. Denn wonach soll das Gericht sich eigentlich richten, wenn nicht nach seiner freien Überzeugung? Die Darlegungen bei Lucas a. a. O., daß hierdurch jede Gefahr eines Mißbrauchs beseitigt werde, können nicht überzeugen. Denn tatsächlich wird dadurch der ungeheure Fehler des Entwurfs gar nicht berührt, daß in Zukunft die Berufungsinstanz in zwei Verfahren gespalten werden soll: einmal die Prüfung jeder einzelnen neuen Behauptung, ob sie überhaupt zugelassen werden darf, und dann die Prüfung ihrer materiellen Bedeutung für den Prozeß.

Das ist aber gleich unerträglich für Richter und Anwälte: Der Richter wird sich angewidert fühlen durch die Zumutung, derartig subalterne Gedankengänge immer zu wiederholen, und er wird sich im Gewissen ständig belastet fühlen durch die Notwendigkeit, sich stets erst die freie Überzeugung zu bilden, ob er eine Behauptung, die er vielleicht für ausschlaggebend hält, zulassen darf oder zurückweisen muß. Der Anwalt wird genötigt sein, jeden neuen Vortrag erst umständlich zu rechtfertigen und einen Kommentar dazu zu geben, weshalb das gleiche nicht schon in erster Instanz vorgetragen ist. Wer aber weiß, wie jede nicht zur Sache gehörige Ausführung die Akten anschwellen läßt, die Übersicht erschwert und die Rechtsfindung verhindert, wird sich mit Grauen die Schriftsätze der Zukunft ausmalen, in denen die Rechtsfindung Nebensache, die Entschuldigung verspäteten Vorbringens aber Hauptsache werden muß. Welche Gefahren sich dabei für die Anwälte erster Instanz ergeben, ist klar. Denn sie sind es, und nicht die Anwälte zweiter Instanz, die alle Verantwortung tragen, wenn das Gericht eine Behauptung zurückweist. Die verantwortungsbewußte Rationierung des Prozeßstoffes in erster Instanz wird dadurch gehindert, und alles möglicherweise erheblich Erscheinende muß zusammengeschleppt werden. Man wird sich angstvoll an Nebensächliches klammern, und so werden fruchtlose der Rechtsfindung abträgliche Erörterungen schon die erste Instanz überschatten. Ich teile nicht den Optimismus von Lucas gegenüber dieser Gefahr,

> „es sei ein grundsätzlicher Irrtum des Entwurfs, wenn dieser glaubt, durch die bloße Formulierung von Prozeßnormen, die Instruktion an den Richter enthalten, als Kann- oder Mußvorschrift einen erheblichen Einfluß auf

die praktische Handhabung der Instruktion durch den pflichtbewußten Richter ausüben zu können".

Der Entwurf *zwingt* vielmehr Richter und Anwälte, die Erörterungen in der Berufungsinstanz auf Nebengleise zu schieben und jedes neue Vorbringen erst zum Gegenstand eines Vorverfahrens über seine Zulässigkeit zu machen. Darin liegt die Gefahr. Die Frage, zu welchem Ergebnis die freie richterliche Überzeugung schließlich kommt, ist ein selbständiger Gefahrenpunkt. Wie schwer er wiegt, zeigen die Entscheidungen des RG., die über die Berechtigung oder Nichtberechtigung von Zurückweisungen mit neuem Vorbringen ergangen sind. Noch deutlicher zeigt sich die Gefahr bei den Entscheidungen der OLG., die nicht mehr revisibel sind, und das ist heute die Mehrzahl. Hervorzuheben ist dabei, daß auch § 494 des Entwurfs revisibel bleiben soll. Denn § 511 schreibt nur vor, daß das RevG. nicht soll nachprüfen können, ob neues Vorbringen etwa zu Unrecht *zugelassen* sei. Die Zurückweisung würde also immer revisibel bleiben.

Man sollte niemals vergessen, daß die Gerichte die Aufgabe haben, *Recht* zu sprechen. Erste Voraussetzung der Rspr. bleibt aber die *Wahrheitserforschung*. Gibt man der Schnelligkeit vor der Wahrheit grundsätzlich den Vorzug, so spricht man nicht mehr Recht. Jeder Fall, in dem in einem gerichtlichen Verfahren durch Ausschließung mit neuem Vorbringen einer Partei das rechtliche Gehör versagt wird, *kann* zur Folge haben, daß Unrecht geschaffen wird. Eine solche Möglichkeit zu bannen, soweit es irgend in menschlicher Macht steht, sollte aber oberster Grundsatz jeder Justizreform sein. Es ist tief bedauerlich, daß es heutzutage nötig ist, solche Selbstverständlichkeit besonders zu betonen.

Das Revisionsverfahren.

Von Justizrat Dr. Kurlbaum, Leipzig.

Die Gestaltung der Revision in der ZPO. ist von zwei einander widerstrebenden Grundsätzen beeinflußt: Das letzte Rechtsmittel soll der *Rechtseinheit* dienen und ist doch gleichzeitig dazu bestimmt, die *gerechte Entscheidung des Einzelfalles* herbeizuführen. Alle von der Geltung der ZPO. an unternommenen Versuche, den zweiten Gesichtspunkt zugunsten des ersten zurückzudrängen und auf diese Weise die Zahl der Revisionen einzuschränken, die Arbeit des höchsten Gerichtes zu verringern, sind vergeblich geblieben. Die enge Verknüpfung der letzten Instanz mit der Gestaltung der unteren Instanzen und das Fehlen von grundsätzlichen Reformen für diese hat es zu einer wirklichen Neugestaltung der Revision nicht kommen lassen. Das Problem stellte sich immer als das einer Entlastung des Reichsgerichts dar. Und so blieb es bei der Beschränkung der Revision durch die Einführung und immer fortschreitende Erhöhung der Revisionssumme als dem einfachsten und erfolgreichsten Mittel, um den Rahmen des RG. nicht zu groß werden zu lassen. Zwar hatte man eine Zeitlang versucht, durch die Ausschaltung der auf Verletzung der §§ 286 und 139 ZPO. gerichteten Rügen den Einfluß des RG. auf die Gestaltung des Sachverhaltes auszuschließen. Diese Bestimmung[1]) hat aber vor der allgemeinen Mißbilligung weichen müssen. Auch die Ausmerzung der Ehesachen, welche durch die VO. v. 15. Jan. 1924 eingeführt war, hat sich als untunlich erwiesen. Die anderen Mittel, die eine Entlastung des RG. herbeiführen sollten, waren die Versagung der Revision, wenn die beiden Vorentscheidungen übereinstimmten (duae conformes) und das Vorprüfungsverfahren, durch das aussichtslose Revisionen von den Spruchsenaten ferngehalten werden sollten. Beide Vorschläge haben eine auch nur einigermaßen einmütige Zustimmung bisher nicht gefunden.

Auch der jetzt veröffentlichte Entwurf ändert an der eigentlichen Struktur der Revision nichts. Nach wie vor erhebt sich die Revision über einer zweiten Instanz, welche mit kleinen Abweichungen die erste Instanz wiederholt. Alle Fehler der zweiten Instanz, die dieselben sein können wie die der ersten, sind bei einer Aufhebung des Urteils wieder in der zweiten Instanz zu verbessern. Der der Revision eingeräumte Einfluß auf die Entscheidung des einzelnen Falles bleibt deshalb auch folgerichtig wie bisher erhalten.

Wiederum also ist es nur die Frage der Entlastung des RG., die dem Gesetzgeber vor Augen schwebt. Man scheut sich der Vermehrung der reichsgerichtlichen Arbeit, die sich namentlich in der außerordentlich großen Zahl der Armenrechtsgesuche kundgibt, durch eine Vermehrung der Richter und Senate zu begegnen. Freilich stehen einer solchen heute nicht mehr alle die Bedenken entgegen, die früher mit Recht erhoben wurden. Die zunehmende Spezialisierung des Rechts, die durch ideale Rücksichten nicht mehr aufgehalten werden kann, und der auch die Geschäftsverteilung beim RG. Rechnung trägt, macht die Vermehrung der Senate leichter erträglich, so daß nur die Frage nach der genügenden Zahl hochqualifizierter Richter übrigbleibt. Jedenfalls sucht auch der Entwurf die Entlastung auf anderem Wege herbeizuführen und hat auf das bisher verworfene Mittel des Vorprüfungsverfahrens zurückgegriffen.

Im Rahmen dieser kurzen Besprechung kann die von der Frage der Revision ausgehende Notwendigkeit einer Prüfung des Gesamtverfahrens nicht behandelt werden. Hierüber ist vielleicht an anderer Stelle zu sprechen. Die Darlegungen müssen sich auf die vom Entwurf gemachten Vorschläge beschränken, ihre Bedeutung und ihre Zweckmäßigkeit beleuchten.

I. Von dem Gedanken der Entlastung des RG. aus sei zunächst auf eine Bestimmung des Entwurfes hingewiesen, die sich freilich nicht im Abschnitt der Revision findet. Nach § 719 Abs. 2 ZPO. hat das Revisionsgericht auf Antrag anzuordnen, daß die Zwangsvollstreckung aus dem nach § 708 Nr. 7 für vollstreckbar erklärten Berufungsurteil einstweilen eingestellt werde, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde. Die Bestimmung war durch die Novelle v. 22. Mai 1910 zugleich mit der Vorschrift des § 708 Nr. 7 eingeführt. Die Vollstreckbarkeit der OLGUrteile sollte Revisionen dem RG. fernhalten, die bloß dem Hinausschieben der endgültigen Entscheidung dienten. § 719 Abs. 2 war dazu bestimmt, die bei dem eingeführten Verfahren entstehenden Härten auszugleichen. Der Revisionsrichter hatte deshalb nur zu prüfen, ob solche Härten vorlagen. Die Entscheidung war von der in der Sache selbst ganz unabhängig. Sie konnte deshalb gefällt werden, auch wenn die Akten noch nicht vorlagen. Dies war ja auch unter Umständen zur Verhütung von dauernden Schädigungen geboten. Es mag unerörtert bleiben, ob die Bestimmung und ihre Handhabung durch das RG. immer glücklich war. Sie ist in dieser Gestalt im Entwurf verschwunden. Zwar bleiben auch hier nach § 314 Abs. 2 Nr. 7 die Berufungsurteile vollstreckbar. Die Einstellung aber, die in zahlreichen Fällen erstrebt wird, ist nicht davon abhängig, daß dem Verurteilten durch die Vollstreckung ein nicht zu ersetzender Nachteil zugefügt wird, sie ist auch nicht dem Revisionsgericht allein übertragen, sondern sie kann nach § 869 ganz allgemein vom Streitgericht oder dem Vollstreckungsgericht getroffen werden. Sie bleibt dem Ermessen des Richters überlassen. Wohl aber ist im § 871 Abs. 2 bestimmt, daß die Einstellung nur dann angeordnet werden soll, wenn glaubhaft gemacht wird, daß mit der Aufhebung des Schuldtitels zu rechnen ist.

Hierbei scheint übersehen zu sein, daß nach § 309 Abs. 3 Nr. 2 Entw. die Urteile, sofern nicht von einer Partei ein anderes beantragt, unter Weglassung des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe ausgefertigt und zugestellt werden und daß in § 309 Abs. 2 Entw. das Zusammenfallen von Zustellung und Vollstreckung gewährleistet ist. Die Zwangs-

[1]) Obwohl in richtiger Beschränkung nicht unverwendbar, vgl. Aufsatz des Verf.: JW. 1928, 2113.

vollstreckung kann also aus dem bloßen Urteilstenor vorgenommen werden, ohne daß die Gründe überhaupt vorliegen; dann ist es aber dem Schuldner unmöglich, dem Streitgericht oder dem Vollstreckungsgericht glaubhaft zu machen, daß mit der Aufhebung des Urteils zu rechnen ist, und auch das Gericht wird sich schwerlich eine Überzeugung darüber bilden können, ob die Revision gegen das Berufungsurteil Aussicht auf Erfolg bietet. Sollte infolgedessen in allen diesen Fällen die Einstellung ohne Glaubhaftmachung vorgenommen werden, so wäre damit die entlastende Wirkung, die man der Vollstreckbarkeit des Berufungsurteils beigemessen hat, zum wesentlichen Teile wieder beseitigt.

Liegt aber das Urteil in vollständiger Form vor, treten also die Bestimmungen der §§ 869 und 871 in Kraft, so hat das Gericht eine ganz anders umfangreiche und schwierige Aufgabe, als ihm nach den bisherigen Bestimmungen obliegt.

Die Bestimmungen des Entwurfes über die Revision selbst entsprechen in ihrer Paragraphenordnung vollständig dem Gesetze und enthalten außer der Vorschrift des § 519 nur Änderungen, die wegen gewisser Abweichungen bei den unteren Instanzen erforderlich wurden. So ergab sich aus der Vorschrift des § 134 Entw. (Zustellung von Amts wegen), daß diese Form der Zustellung nicht mehr wie bisher (§§ 553a Abs. 2, 554 Abs. 5, 556 Abs. 2 ZPO.) ausdrücklich hervorgehoben werden mußte (§§ 516 Abs. 2, 517 Abs. 5, 520 Abs. 2 Entw.). Ferner, daß der im § 553a ZPO. geforderte Nachweis der Zustellung des Urteils wegfallen konnte (§ 516 Abs. 1 Entw.). Auch die Sechsmonatsfrist des § 552 ZPO. ist mit der Zustellung von Amts wegen gefallen (§ 514 Entw.)[2]. Das Verbot der Revision gegen Arresturteile ist gefallen, weil das Arrestverfahren ganz in das Beschlußverfahren übergeleitet ist (§§ 507, 1001 Abs. 1, 1003 Abs. 2, 1004 Abs. 2, 1011, 1013 Entw.). Zum Teil finden sich auch bisher für die Revisionsinstanz gegebene Vorschriften an anderen Stellen des Entwurfes, so diejenigen über die Berechnung des Streitwertes und den maßgebenden Zeitpunkt hierfür in den §§ 508 Abs. 2, 473 Abs. 2 Entw., ferner die Vorschrift über die Einreichung einer entsprechenden Zahl von Abschriften (§ 553a ZPO.) im § 137 Abs. 1 Entw., schließlich die Vorschrift über die Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses im § 463 Entw., auf den in § 517 Abs. 7 Entw. verwiesen ist. Hier sind übrigens Neuerungen eingeführt: der Nachweis der Zahlung (§ 554 Abs. 7 ZPO.) ist durch die Zahlung ersetzt; es gibt auch eine vorläufige Befreiung von der Kostenpflicht, ohne daß das Armenrecht bewilligt worden wäre (§ 483 Abs. 2 Nr. 2 Entw.), und der Termin kann bei entsprechender Bewilligung anberaumt werden, auch wenn nur Teilzahlung erfolgt ist. Irrtümlich ergangene Verwerfungsbeschlüsse können nach § 485 Abs. 2 S. 2 Entw. durch Beschluß wieder aufgehoben werden, was für das geltende Recht vom RG. verneint worden ist.

Auch die Bestimmung im § 511 Abs. 2 S. 1 Entw., die eine Einschränkung der Revisionsgründe enthält, beruht auf einer Änderung des Gesetzes im Berufungsverfahren. Nach § 494 Entw. muß der Berufungsrichter neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie Beweismittel und Beweiseinreden, wenn ihre Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreites verzögern würde, zurückweisen, wenn sie nach seiner freien Überzeugung aus Gründen der Prozeßverschleppung oder aus grober Nachlässigkeit nicht früher vorgebracht sind; die Vorschrift findet entsprechende Anwendung für nicht in der Berufungsbegründung mitgeteiltes Vorbringen und für die Erhebung einer Widerklage. Die Kannvorschrift des § 529 Abs. 2 ZPO. ist also im Entwurfe in eine Mußvorschrift umgewandelt worden. Für die Revisionsinstanz ergibt sich die Frage, ob die Revision darauf gestützt werden kann, daß zu Unrecht neues Vorbringen in der Berufungsinstanz zugelassen worden sei. Dies wird im § 511 Abs. 2 Entw. ausdrücklich verneint: ist ein solches verspätetes Vorbringen zugelassen worden, so darf dies mit der Revision nicht gerügt werden. Dagegen steht die Revision offen, wenn der Berufungsrichter unter Verletzung des Gesetzes neues Parteivorbringen abgelehnt hat, wobei natürlich nicht darüber entschieden ist, inwieweit die dem Gericht eingeräumte Entscheidung nach freier Überzeugung überhaupt nachprüfbar ist. Die Bestimmung ist der des § 270 ZPO. nachgebildet, nach der die Entscheidung, daß eine Klageänderung nicht vorliege, oder daß die Änderung zuzulassen sei, unanfechtbar ist. Sie findet ihre Berechtigung jedenfalls in denselben Gründen der Prozeßökonomie.

II. Der Hauptteil der Erörterung muß der Bestimmung des § 519 Abs. 3 gelten, durch die der Entwurf das Vorprüfungsverfahren einführen will. Die Bestimmung lautet:

„Ist das Revisionsgericht einstimmig der Auffassung, daß das angefochtene Urteil nicht auf einer mit der Revision angreifbaren Gesetzesverletzung beruht und daß die Sache nicht einer mündlichen Verhandlung bedarf, so kann es die Revision ohne vorgängige Verhandlung durch Beschluß zurückweisen."

Durch diese Bestimmung soll ein Teil, und zwar ein möglichst großer Teil der an das RG. gelangenden Prozesse in einem Beschlußverfahren ohne mündliche Verhandlung der Parteivertreter seine Erledigung finden.

Eine den § 519 Abs. 3 vorbereitende Vorschrift findet sich bereits in der EntlVO. v. 9. Sept. 1915 und in dem EntlG. v. 8. Febr. 1929. Nach § 7 EntlVO. konnte das RG. die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung mit Einverständnis der Parteien treffen. Das Gesetz von 1929 gab dem Revisionsgericht die Befugnis, auch ohne Einverständnis der Parteien ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, „wenn nach Lage der Sache eine weitere Klärung der für die Entscheidung in Betracht kommenden Rechtsfragen durch die mündliche Verhandlung nicht zu erwarten steht". Vorher war den Parteien zur schriftlichen Äußerung Gelegenheit zu geben. Von den beiden der Ausschaltung der mündlichen Verhandlung dienenden Möglichkeiten ist bis heute so gut wie gar kein Gebrauch gemacht worden. Eine Einigung über das Nichtverhandeln wurde von den am RG. zugelassenen Rechtsanwälten durchweg abgelehnt, eine Stellungnahme, die auf ihrer hohen Wertschätzung der mündlichen Verhandlung beruht. Aber auch die Senate des RG. haben die Bestimmung des Art. 1 EntlG. nicht in irgendwie nennenswertem Umfange angewandt. Ob die Frage regelmäßig innerhalb des Senates erörtert worden ist, oder ob man sich ausdrücklich oder stillschweigend darüber geeinigt hat, von der Befugnis grundsätzlich keinen Gebrauch zu machen, entzieht sich der Kenntnis des Außenstehenden. Jedenfalls dürfte es nicht in der Tendenz des Entwurfes liegen, dem RG. eine ähnliche Freiheit auch über die einzuführende Vorprüfung zu lassen. Deshalb hat man jetzt die Vorprüfung und die Entscheidung darüber, ob eine mündliche Verhandlung überhaupt stattfinden soll, obligatorisch gemacht. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Abs. 1 und 2 des § 519 enthalten Vorschriften über die Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung. Die in Abs. 3 erwähnte Untersuchung soll also vor Anberaumung des Termines stattfinden. Dieser muß deshalb die Bearbeitung der Akten und eine Beratung des Senates vorhergehen. Man könnte einwenden, daß eine solche Vorberatung von vornherein dadurch überflüssig wird, daß der die Sache bearbeitende Berichterstatter oder der üblicherweise als Gegenberichterstatter eintretende Senatsvorsitzende eine Gesetzesverletzung als vorliegend oder eine mündliche Verhandlung als erforderlich annimmt. Indessen kann im Kollegialgericht auch der einzelne nur dann eine Entscheidung fällen, wenn er die übrigen Beisitzer gehört hat; er kann nach der Beratung seine ursprüngliche Meinung aufgeben. Die Einstimmigkeit läßt sich also erst nach einer Beratung feststellen. Grundsätzlich muß deshalb in jeder Sache vor der Termins-

[2] Die Begründung rechtfertigt dies mit der Erwägung, daß die Sechsmonatsfrist des jetzigen Gesetzes eingeführt sei, um einen Abschluß des Prozesses zu erzwingen. Dies sei jetzt nicht mehr nötig, weil die Zustellung des Urteils von Amts wegen erfolge, damit der Beginn des Fristenlaufes in die Hand des Gerichtes gelegt worden sei. Demgegenüber muß aber darauf hingewiesen werden, daß dieses Ziel in der Revisionsinstanz nicht erreicht wird. Die Revisionsfrist beginnt erst mit der Zustellung des vollständigen Urteils (§ 514 Entw.). Von Amts wegen aber wird das Urteil nur ohne Tatbestand und Gründe zugestellt (§ 309 Entw.). Der Zustellung des vollständigen Urteils muß ein Antrag der Parteien vorhergehen. Die Beendigung des Rechtsstreites bleibt also, soweit die Revisionsinstanz in Betracht kommt, gerade nach dem Entwurf in der Hand der Partei.

anberaumung durch den Vorsitzenden eine Beratung stattfinden. Die Möglichkeit der Terminsanberaumung ist für den Vorsitzenden erst dann frei, wenn der Senat sich dafür entschieden hat.

Die Einrichtung wird denn auch in der Begründung zum Entwurf mit der „chambre de requête" des französischen Prozeßrechtes verglichen, von der sie sich nur dadurch unterscheiden soll, daß die Vorprüfung nicht vor einem besonderen Senat stattfindet und daß Einstimmigkeit verlangt wird.

Die reichsgerichtliche Instanz erfüllt das eine Ideal des Prozesses, daß sie mit einer einzigen Verhandlung beendet wird. Vertagungen sind zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen; sie kommen aber nur bei einem Streit über die Prozeß- oder Rechtsmittelvoraussetzungen vor, im übrigen steht das Gericht vor einem fertigen Tatbestande und kann nach den beiderseitigen mündlichen Auseinandersetzungen der Parteivertreter sofort oder, wenn nötig, in einem Verkündungstermin, die Entscheidung fällen. Die Parteiausführungen brauchen nur einmal gemacht zu werden, sie haften in dem Gedächtnis der Richter. Es besteht deshalb nicht die Notwendigkeit, die lediglich zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung bestimmten Schriftsätze mit ihnen anzufüllen, damit sie auch noch nach Wochen oder Monaten dem Gericht zur Verfügung stehen. Es würde in der ersten Instanz nicht anders sein, wenn dort der Prozeß nicht in der Regel über eine so lange Zeit hinweggeführt werden müßte. Die Beweisaufnahme, überhaupt die ganze Tatsachenermittelung läßt sich von dem Rechtsstandpunkt, von dem aus sie geordnet zu werden pflegt, nicht völlig loslösen und wird jedenfalls von dem rechtsverständigen Anwalt in einem sehr frühen Stadium der Sachverhaltsbildung zur Geltung gebracht. Sie leitet notwendigerweise auch den Richter bei der Anordnung der Beweisaufnahme, die häufig genug in hintereinander folgenden Terminen angeordnet wird, ohne daß es jedesmal wieder zu einer wirklich mündlichen Verhandlung kommen könnte. So hat sich ein schriftliches Zwischenverfahren auch dann herausgebildet, wenn die Schlußverhandlung in einem wirklichen mündlichen Parteivortrag und in einer wirklichen mündlichen Erörterung der Rechtslage besteht. Schon die jetzige ZPO. und ebenso der Entwurf billigt dieses Verfahren, indem sie die Entscheidung nach Lage der Akten zulassen. Dennoch ist eine weitere Wandlung des Prozesses nach der Schriftlichkeit hin nicht zu billigen. Die Mündlichkeit, an der auch der Entwurf grundsätzlich festhält, sollte nur da eingeschränkt werden, wo sie theoretisch überspannt erscheint und wo sie unmöglich ist. Beide Gefahren fehlen der Revisionsinstanz. Die formalen Prozeßvorgänge, wie Versäumnisurteil und Anerkenntnis, die gewiß der Mündlichkeit nicht bedürfen, spielen bei dem RG. keine Rolle. Die Prüfung der Voraussetzung der Revision, Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit der Einlegung, Vorliegen der Revisionssumme, werden, von ganz verschwindenden Ausnahmen abgesehen, vor der mündlichen Verhandlung erledigt. Die Verhandlung kann sich also auf die eigentliche Erörterung der Rechtsfragen beschränken. Diese bedarf grundsätzlich überhaupt keiner schriftlichen Vorbereitung. In der ursprünglichen Form der ZPO. war deshalb auch eine schriftliche Revisionsbegründung gar nicht vorgesehen. Sie ist durch die Novelle von 1905 eingeführt worden, um den Richter von der Aufgabe zu entlasten, nach prozessualen Verstößen, namentlich nach solchen gegen § 286 ZPO. zu suchen. Die sog. „materiellen Angriffe", d. h. die Rügen gegen materiellrechtliche Verstöße, bedürfen noch jetzt einer schriftlichen Vorbereitung nicht. Sie können noch in der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden, und Verstöße werden auch ohne jede Rüge in dem Umfange berücksichtigt, in dem das Urteil angefochten ist.

Dieser Zustand muß sich ändern, wenn § 519 Abs. 3 Entw. zum Gesetz erhoben wird. In jeder Sache ist das RG. in der Lage, die Revision schon im Vorverfahren durch Beschluß zurückzuweisen, ohne auch nur andere Gründe dafür anzugeben als den Wortlaut des Gesetzes; denn eine Begründung der Beschlüsse ist im Entwurf nicht angeordnet. Das Plädoyer muß also aus der mündlichen Verhandlung in die Schriftsätze verlegt werden. Diese können nicht mehr auf bestimmte Rechtsbehauptungen sich beschränken, sondern müssen deren eingehende Darlegung enthalten. Auf diese muß von dem Revisionsbeklagten, dem ein schneller Beschluß nur wünschenswert sein kann, in ebenso eingehender Darlegung erwidert werden. Damit ist das schriftliche Verfahren in die Revisionsinstanz eingeführt.

Die mündliche Verhandlung vor dem Revisionsgericht besteht keineswegs allein in dem Vortrag von Rechtsausführungen, vielmehr ist deren wichtige Grundlage, ja vielleicht überhaupt der wichtigste Teil der Verhandlung, der Vortrag des Sachverhalts. Nun können zwar in der Revisionsinstanz neue Tatsachen nicht vorgebracht werden (§ 561 Abs. 1 ZPO., § 526 Abs. 1 Entw.), und es ist selbstverständlich, daß sich der wirkliche Sachverhalt auch nicht innerhalb des Rahmens des Vorgebrachten verändern läßt. Dennoch ist er in vielen Fällen keineswegs eindeutig, und vor allem kann er in dem Munde der beiden Parteien einen sehr verschiedenen Rhythmus gewinnen, je nachdem die Akzente gesetzt sind. Nur so bildet er mit den darauf folgenden Rechtsausführungen eine Einheit. Deshalb müssen in einem schriftlichen Verfahren die Parteien auch den Tatbestand schriftlich behandeln.

Nun ist natürlich der Anwalt der eifrigste Verteidiger des mündlichen Verfahrens, weil er in ihm seinen Einfluß auf die Gestaltung des Urteils am kräftigsten ausüben kann. Er dient damit nicht nur dem Interesse der Partei, sondern auch der eigenen Berufsfreudigkeit und dem Bewußtsein seiner Person. Sein Einfluß wird sofort gemindert, sobald er ein Schriftstück aus der Hand gibt, dessen Benutzung zu überwachen er außerstande ist. Seine Leistung muß aber auch notwendigerweise geringer sein, wenn er den belebenden Hauch des Widerspruchs entbehrt, der von der Gegenseite ausgeht. Er ist in Gefahr einseitiger und vielleicht auch weniger bedenklich zu werden.

Andererseits wird seine Arbeit in unerfreulicher Weise vermehrt. Jeder Schriftsatz erzeugt deren neue. Die zunächst in sich geschlossene Rechtsausführung wird zerrissen und verliert sich in dem schriftlichen Disput mit dem Gegner in immer seichter werdende Rinnsale. Wenn dem Vorbringen von Tatsachenmaterial schließlich eine natürliche Grenze gesetzt ist, ist das wissenschaftliche Gezänk endlos. Alles dies fällt bei einer mündlichen Verhandlung vor dem Gericht fort. Das Gewicht des Richtigen setzt sich hier bald durch, und Abschweifungen können durch ein Wort des Vorsitzenden verhindert werden.

Dieser Gedanke zeigt, daß nicht nur der Anwalt der Interessierte ist, sondern, daß durch die mündliche Verhandlung auch dem Richter gedient wird. Die Ermüdung, welche die Lektüre dickleibiger Akten voller Schriftsätze mit Wiederholungen bietet, ist unendlich. Freilich würde ja nur einer von den Richtern alles Geschriebene zu lesen brauchen, vielleicht außer dem Berichterstatter noch der Vorsitzende. Gerade da aber zeigt sich, daß nicht nur der Richter und der Anwalt, sondern daß die Sache selbst unter dem bloß schriftlichen Verfahren zu leiden hat. Die Beisitzer erfahren nichts mehr von den Parteien unmittelbar, sondern alles durch das Referat des Berichterstatters; auch den Tatbestand nach Maßgabe der ihn beherrschenden Rechtsauffassung. Das ist, was den Parteivertreter zu dem schärfsten Widerspruch gegen die Einführung der Schriftlichkeit in der letzten Instanz, beim letztenmal, wo die Partei sich unmittelbar an das Gericht wenden kann, veranlassen muß.

Vergleiche mit anderen letzten Rechtsmitteln sind abzulehnen: Weder die Kassationsbeschwerde des französischen Rechtes noch die Revision des österreichischen Rechtes, in dem fast die Berufung eine größere Ähnlichkeit mit der deutschen Revision hat, als sie das letzte Rechtsmittel hat, sind mit der deutschen Revision vergleichbar, die in den Sachverhalt selbst hineingreift und ihm infolge einer höheren Auffassung der wirtschaftlichen und rechtlichen Vorgänge eine andere Gestalt geben kann. Diese Ausbildung des letzten Rechtsmittels hat in Verbindung mit dem ungeheuren Drang der unteren Instanzen, der schrecklichen Notwendigkeit eines nahezu fabrikmäßigen Betriebes, dem RG. eine Aufgabe zugewiesen, die den höchsten Instanzen anderer Länder fehlt: die Erfüllung der Erwartung, daß jeder Prozeß selbst letzten und gerechtesten Endes entschieden werde. Es ist deshalb unmöglich, gerade an dieser Stelle den Grundsatz der Mündlichkeit, den man hochhalten will, zu verlassen.

Man wird danach vielleicht begreifen, daß die beim RG. zugelassenen Anwälte sich beständig weigern, schriftliche Revisionsbeantwortungen einzureichen; sie wollen sich gegen jeden weiteren Schritt zur Schriftlichkeit wehren.

Wenn es unmöglich erscheint, dem RG. seine bisherige Aufgabe zu lassen, so müßte man damit beginnen, das Vertrauen zur ersten Instanz zu stärken. Liegt das Schwergewicht der ganzen Prozeßführung hier, so übernimmt die Berufungsinstanz einen Teil der Funktionen, die jetzt in der Hand des Revisionsrichters liegen, und dann gewinnt ganz naturgemäß die letzte Instanz eine andere Bedeutung. Diesen Weg hat man in Österreich zu gehen versucht. Ob er für die deutschen Verhältnisse der richtige wäre, ist eine Frage, die hier nicht erörtert werden kann. Der vorliegende Entwurf bringt nur technische Verbesserungen, zeigt aber nach der Richtung, der ersten Instanz eine größere Bedeutung einzuräumen, keine Fortschritte.

Es bliebe also zur Rechtfertigung von § 519 Abs. 3 Entw. nur der Gedanke der Erleichterung des RG. Von diesem sind bisher alle Reformbestrebungen geleitet worden. Dabei ist man immer nur auf eine Verschlechterung der Rechtspflege gekommen. Die Begründung des Entwurfes will dies Bedenken mit dem Hinweis auf den modernen Rationalisierungsgedanken aus dem Wege räumen. Dieser Gedanke bedeutet, daß man denselben Erfolg mit minderem Aufwand erreichen will: eine Verschlechterung der Leistung will man damit gewiß nicht verbinden.

Ist denn aber der Vorschlag wenigstens in dem Sinne wirksam, wie man es erhofft? Bringt er eine Entlastung? Auch die Begründung erwähnt die Zweifel daran. Man will sie durch eine Erwägung beseitigen, die nicht auf zahlenmäßigen Unterlagen, sondern nur auf allgemeiner Erfahrung beruht: bei den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen sei der Wunsch, die Entscheidung hinauszuschieben, häufig der Hauptgrund für die Einlegung der Revision. Deshalb sei die Zahl der durch Beschluß zu erledigenden Sachen besonders groß. Das kann nicht zugegeben werden. Die Erfahrung der Anwälte lehrt vielmehr, daß die hohen Kosten des Rechtsmittels mehr als je gescheut werden und daß noch niemals die Partei sich so um das Verfahren in letzter Instanz gekümmert hat wie jetzt. Wenn es aber auch so wäre, so ist es weiter nicht richtig, daß die Revisionen, die der Hinausschiebung der Endentscheidung dienen sollen, auch die sind, die einstimmig für aussichtslos gehalten werden und einer mündlichen Verhandlung nicht bedürftig. Die Begründung des Entw. trägt der Gestaltung der Revision nicht Rechnung, wenn sie auf die Fälle hinweist, in denen der Senat sich mit der gleichen Rechtsfrage schon eingehend auseinandergesetzt habe. Das paßt für die Kassation, nicht für die Revision, die von der Rechtsfrage aus in den Sachverhalt hineingreift. Über ihn ist zu entscheiden, nicht über eine Rechtsfrage. Deshalb stimmt die Vermutungsrechnung nicht, und die Zahl schleunig zu erledigender Sachen könnte nur experimentell gefunden werden — ein kostspieliges Experiment mit höchst unsicherem Ausgange.

Man muß also mit einer Zahl doppelter Beratungen rechnen, die vielleicht so groß ist, daß sie einen vollwertigen Ausgleich für den Wegfall der mündlichen Verhandlung in anderen Sachen darstellt. Auch wenn dabei, worauf die Begründung des Entwurfes besonders hinweist, dem Berichterstatter die Anfertigung von Urteilsgründen erspart wird.

Als Ergebnis bleibt also eine Verunstaltung des Rechtsmittels ohne Gewähr des erstrebten Erfolges. Das kann unmöglich Befriedigung erwecken.

Armenrecht und Armenanwalt bei der Vollstreckung von Arbeitsgerichtsurteilen.

Während im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten das Armenrecht in gleicher Weise für den Prozeß selbst wie für die anschließende Zwangsvollstreckung wichtig ist, ergibt sich seine weit geringere Bedeutsamkeit für den Arbeitsgerichts**prozeß** durch den Wegfall der Vorschußpflicht gemäß § 12 Abs. 3 ArbGG. Nicht ganz das gleiche gilt für die Zwangsvollstreckung als Folge des Arbeitsgerichtsprozesses. Allerdings fallen auch hier nach § 12 Abs. 3 Satz 2 ArbGG. die Gerichtskostenvorschüsse weg, und nach § 9 Abs. 2 Satz 2 dürfen die Gerichtsvollzieher keine **Gebühren**vorschüsse verlangen. Immerhin ergeben sich hier häufiger notwendige **Auslagen**vorschüsse, und die Praxis zeigt daher auch, daß Armenrechtsgesuche bei den ArbG. meistens erst nach Beendigung des Prozesses für die Vollstreckungsinstanz eingehen.

Für die Frage der Zuständigkeit in solchen Fällen darf m. E. § 119 ZPO. nicht herangezogen werden. Allerdings schließt die herrschende Meinung aus jener Bestimmung, daß auch nach Beendigung des Prozesses nicht das VollstrGer., sondern das ProzGer. für die Armenrechtsbewilligung zuständig sei, da § 119 den Begriff der ersten Instanz ausdrücklich erweitert habe (vgl. OLG. 2, 149 sowie die Komm.). Demgegenüber hat bereits **Lobe** (SächsArch. f. bürgerl. Recht u. Prozeß 6, 285) zutreffend darauf hingewiesen, daß man in § 119 ZPO. gerade eine **Sonder**vorschrift für die Erstreckung der Armenrechtsbewilligung über die erste Instanz hinaus erblicken müsse, und daß diese Sonderbefugnis nicht dahin erweiternd ausgelegt werden könne, daß auch **nach** Beendigung des Prozeßverfahrens für das Armenrecht in der Vollstreckungsinstanz allein das ProzGer. zuständig sei. **Lobe** beruft sich für die verschiedene Bedeutung des Begriffs „Instanz" insbes. noch auf die §§ 29, 30, 31 RAGebO. und verweist auf die Fälle der Vollstreckung aus Schuldtiteln des § 794 ZPO., für die es ein ProzGer. gar nicht gäbe.

In den letztgenannten Fällen macht allerdings auch **Stein-Jonas** (14. Aufl., § 118 Anm. 1 Abs. 3) eine Ausnahme und erweitert sie ohne nähere Begründung auf diejenigen Fälle, in denen ein besonderes Gericht, z. B. das ArbG., als ProzGer. erster Instanz zuständig sei. Indessen ist diese Ausnahme um so weniger anzuerkennen, als offenbar auch **Stein-Jonas** eine Erstreckung des für den Prozeß vor dem ArbG. bewilligten Armenrechts auf die Vollstreckungsinstanz zulassen will. Wenn aber hier ein **besonderes** Gericht für die Vollstreckung das Armenrecht **mit**bewilligen kann, so ist nicht einzusehen, weshalb es nicht auch **nach** Beendigung des Prozesses zuständig sein sollte, **sofern** man überhaupt die nachträgliche Zuständigkeit des ProzGer. bejaht.

Gerade diese letzte Annahme aber dürfte unrichtig sein. Denn es wäre unverständlich, weshalb ein Gericht, das mit dem Verfahren überhaupt nicht mehr befaßt wird, darüber entscheiden sollte, ob das betreffende Verfahren „Aussicht auf Erfolg" habe. Vielmehr ist die Sonderbefugnis des § 119 dem ProzGer. nur zur Vermeidung mehrfacher Entsch. beigelegt worden und entfällt, wenn für den Prozeß ein Armenrechtsantrag nicht gestellt ist. Alsdann entscheidet das VollstrGer. für die selbständige Vollstreckungsinstanz nach der Grundregel des § 119 erster Halbsatz.

Geht man aber davon aus, daß für die Armenrechtsbewilligung in der Vollstreckungsinstanz allein das VollstrGer. zuständig ist, so erhebt sich nun die weitere Frage, ob dann auch die Beiordnung eines ArmAnw. möglich ist, und ob dies auch für die Vollstreckung von Arbeitsgerichtsurteilen gilt. Die Frage ist in der Gegenwart angesichts der zahlreichen Vollstreckungsvereitlungen durch böswillige Schuldner äußerst wichtig, ganz besonders bei den Arbeitsgerichtsurteilen, bei denen der Vollstreckungsgläubiger meist eine sozial schwache und ungewandte Person ist.

Die Möglichkeit zur Beiordnung eines ArmAnw. für die Vollstreckungsinstanz ergibt sich aus den §§ 34 u. 36 RAO. Allerdings heißt es in § 34, daß bei Nichtbestehen eines Anwaltszwangs der ArmAnw. „von dem ProzGer." beigeordnet werden kann. Dies darf jedoch nicht zu der Auffassung führen, daß hier Proz- und VollstrGer. zueinander in Gegensatz gestellt seien. Vielmehr weist **Wolf**: DJZ. 14, 231 mit Recht darauf hin, daß nach jener Bestimmung das mit dem Verfahren befaßte Gericht zuständig sei und die Bezeichnung „ProzGer." nur hervorheben wolle, daß nicht andere Stellen, etwa die Anwaltskammern oder der Dienstaufsichtsrichter, zuständig seien; eine solche Annahme hätte nämlich um so näher gelegen, als die RAO. sich vornehmlich mit Justizverwaltungsfragen befaßt und die RA. den erkennenden Gerichten nicht untergeordnet sind.

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dann wird auch die Schwierigkeit des § 36 überwunden, der bestimmt, daß der Anwalt „durch den Vorsitzenden des Gerichts aus der Zahl der bei diesem zugelassenen Rechtsanwälte" ausgewählt wird. Würde man nämlich stets nur das ProzGer. im engeren Sinne als zuständig ansehen, so würde dem Vorsitzenden des ArbG. die Beiordnung mangels Zulassung von Anwälten unmöglich sein, und es würde sich für die Vollstreckung nach dem ordentlichen und Arbeitsgerichtsprozeß eine durch nichts gerechtfertigte Verschiedenheit ergeben.

Eine Schwierigkeit scheint allerdings noch dann vorzuliegen, wenn das ArbG. bereits für den Prozeß das Armenrecht bewilligt hat. Hier kann gemäß § 119 eine erneute Bewilligung für die Vollstreckung nicht mehr erfolgen. Es wäre auch nicht zulässig, daß dann der Vorsitzende des ArbG. aus der Zahl der beim VollstrGer. (AG.)

zugelassenen Anwälte die Auswahl träfe. Die Lösung dürfte jedoch darin liegen, daß in solchen Fällen zur Auswahl wieder nur das VollstrGer. zuständig ist. Der Wortlaut des § 34 zwingt nämlich nicht zu der Annahme, daß die Beiordnung nur von demjenigen Gerichte erfolgen darf, welches auch das Armenrecht bewilligt hat. (Einer Partei, welcher das Armenrecht bewilligt ist, kann ... von dem ProzGer. ein RA. auf Antrag beigeordnet werden.) Ein Auseinanderfallen zwischen früherer Armenrechtsbewilligung und späterer Anwaltsbeiordnung wird sich insbes. häufig bei Verweisungen aus Zuständigkeitsgründen ergeben. Es dürfte daher nichts im Wege stehen, aus der späteren Sonderregelung des ArbGG. zu folgern, daß nach erfolgter Armenrechtsbewilligung durch das ArbG. als ProzGer. die Auswahl des ArmAnw. für die Vollstreckung durch das VollstrGer. erfolgen muß, da die sachliche Zuständigkeit hierfür dem ArbG. grundsätzlich fehlt.

Voraussetzung für alle diese Ausführungen ist es allerdings, daß man nicht etwa aus § 11 ArbGG. den Ausschluß der Anwälte auch für die Vollstreckung folgert. Dies erscheint jedoch nicht notwendig. Denn § 11 schließt die Anwälte nur „vor den Arbeitsgerichten" aus, und diese Sonderregelung darf nicht ohne Grund erweiternd ausgelegt werden. Vielmehr würde nur bei denjenigen Vollstreckungshandlungen, welche dem ProzGer. obliegen, die Anwaltsvertretung entfallen. Das führt jedoch nicht notwendig zu der Annahme, daß die Beiordnung von Anwalten für die Vollstreckung schlechthin ausgeschlossen sei, sondern nur zu der Forderung, daß der beigeordnete Anwalt lediglich Vollstreckungsanträge beim arbeitsgerichtlichen ProzGer. nicht vornehmen darf, daß also seine Befugnisse nur insoweit eingeschränkt sind.

AGR. Wessel, Königsberg i. Pr.

Deutscher Juristentag in der Tschechoslowakei.

Die diesjährige Haupttagung der „Ständigen Vertretung des Deutschen Juristentages in der Tschechoslowakei" findet zu Pfingsten in Trautenau-Johannisbad statt. Im Anschluß an die sonntägige Hauptversammlung am 15. Mai 1932 hält Dozent Dr. Franz Adler (Prag) einen Vortrag über Geist des Sprachengesetzes. — Auskünfte erteilt das Generalsekretariat des Deutschen Juristentages, Prag I, Abgeordnetenhaus. Der Sechste Deutsche Juristentag in der Tschechoslowakei findet zu Pfingsten 1933 in Brünn statt.

Schrifttum.

Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Dritter Band: Sachenrecht. Fünfte, völlig neubearbeitete Auflage, bearbeitet von Dr. E. Brodmann, Reichsgerichtsrat i. R., und Dr. O. Strecker, Senatspräsident beim Reichsgericht i. R. Berlin und Leipzig 1932. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis 14 M.

Die IV. Auflage des dritten Bandes des Planckschen Kommentars ist im Jahre 1920 vollendet worden. Die Bearbeitung der Einleitung und der §§ 854 bis 902, welche den Inhalt der jetzt vorliegenden ersten Lieferung der V. Auflage bilden, ist aber bereits im Jahre 1914 zum Abschluß gekommen. In den 17 Jahren, die seitdem verflossen sind, ist an Entscheidungen und schriftstellerischen Ausführungen ein außerordentlich umfangreiches neues Material zu dem damals vorhandenen hinzugekommen. Es bestand daher ein dringendes Bedürfnis nach einer neuen Auflage, und es ist sehr zu begrüßen, daß die Herausgabe der V. Auflage in Angriff genommen worden ist, und zu hoffen, daß sie rascher vollendet werden kann, als es bei der IV. Auflage wegen Krieg und Revolution möglich war. Die Bearbeiter der V. Auflage sind dieselben geblieben wie bei der IV. Auflage, Brodmann für den ersten Abschnitt „Besitz", Strecker für die Einleitung und den zweiten Abschnitt „Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken". Wie sehr der Stoff zwischen den beiden Auflagen gewachsen ist, beweist schon die Tatsache, daß aus 257 Seiten der IV. Auflage jetzt 321 geworden sind. Das gewaltige neue Material ist mit der Meisterschaft verarbeitet, die schon bei der IV. Auflage zu bewundern war. Wir haben wieder ein Buch vor uns, welches eine erschöpfende, wohlgeordnete, ruhig abwägende und zielsichere Darstellung des Sachenrechts des BGB. gibt, die keiner entbehren kann, der sich über den Stand von Rechtslehre und Rechtsprechung unterrichten will. Die Aufgabe des Herausgebers eines Kommentars ist verschieden je nach der Eigenart des zu erläuternden Gesetzes. Handelt es sich um eine neue Gesetzgebung auf einem bisher gesetzlich nicht geregelten Gebiete, so kann der Erläuterer einen wesentlichen Teil seiner Aufgabe darin erblicken, daß er dem Gesetze die Bahn für seine Anwendung frei macht, daß er mit der Erläuterung des vom Gesetzgeber Gewollten, die ihre Grundlage in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes hat, den Versuch verbindet, Probleme, an die bei der Abfassung des Gesetzes nicht gedacht ist, aufzurollen und vielleicht Mängeln des Gesetzes, die sich bei der heutigen Art der Gesetzgebung oft nicht vermeiden lassen, im Wege der Auslegung abzuhelfen. Bei einem Werke wie dem BGB. steht die Zusammenstellung von Rechtsprechung und Literatur betreffend die in langen Jahren der Geltung des Gesetzes aufgetauchten Fragen im Vordergrunde. Die Verfasser haben sich aber keineswegs hierauf beschränkt, sondern zu einer großen Zahl von Fragen in eingehender Weise Stellung genommen und hierdurch die Erledigung der Fragen wesentlich gefördert. Bei der Fülle des Stoffes ist es natürlich nicht möglich, eine übersicht aller Fragen zu geben, welche in der neuen Auflage in Erweiterung und Ergänzung der früheren Auflage neu behandelt worden sind. Ed kann sich nur darum handeln, an einem Beispiele zu zeigen, daß fast jede der Gesetzesvorschriften den Verfassern Gelegenheit gegeben hat, neue Probleme zu erörtern. Ich wähle hierzu, da der zweite Abschnitt in weit größerem Umfange als der erste zur Erweiterung der Ausführungen der IV. Auflage Anlaß gegeben hat, die Erläuterungen zum § 873, der sich auf die Voraussetzungen einer Rechtsänderung (Einigung und Eintragung und die Bindung an die Einigung) bezieht.

Nach § 873 ist in der Regel zum Eintritt einer Rechtsänderung Einigung und Eintragung erforderlich. Beide müssen inhaltlich übereinstimmen. Dieser Grundsatz ist in der IV. Auflage Erl. 11, 2 nur kurz ausgesprochen, jetzt aber Gegenstand einer eingehenden Erörterung geworden. Es wird zunächst dargelegt, daß bei Widersprüchen zwischen Einigung und Eintragung, die sich auf die Person des Erwerbers, das belastete Grundstück die Art des einzutragenden Rechts beziehen, eine dingliche Rechtsänderung überhaupt nicht eintritt. Dann wendet sich die Erläuterung der Frage zu, was Rechtens ist, wenn Einigung und Eintragung sich zum Teil decken. Zu diesen Ausführungen möchte ich einige ergänzende Bemerkungen machen, wobei ich mich zur Vereinfachung der Darstellung auf einen einfach liegenden Fall beschränke und insbes. nicht auf den Fall eingehe, daß ein unbedingtes Recht eingetragen ist, während die Einigung nur ein bedingtes Recht zum Gegenstande hat. Man nehme folgenden Fall: Es liegt vor eine Einigung über die Eintragung einer Hypothek von 1000 M; infolge eines Schreibfehlers lautet die Eintragungsbewilligung auf 10 000 M, und es wird die Hypothek in dieser Höhe eingetragen, oder es liegt die Sache umgekehrt (Einigung 10 000 M, Eintragungsbewilligung und Eintragung 1000 M). In beiden Fällen decken sich Einigung und Eintragung in Höhe von 1000 M. Ist insoweit eine Hypothek wirksam entstanden? Strecker behandelt die beiden Fälle verschieden. Geht die Eintragung über die Einigung hinaus, so sieht er eine Hypothek über 1000 M als entstanden an, und es ist das Grundbuch nur in Höhe von 9000 M unrichtig. Hierin ist ihm ohne weiteres zuzustimmen. Für den umgekehrten Fall nimmt er an, daß grundsätzlich eine völlige Unwirksamkeit der Rechtsänderung vorliege und die Unwirksamkeit sich auf den nicht oder falsch eingetragenen Teil der vereinbarten Rechtsänderung, im vorliegenden Falle also auf die 9000 M, nur dann beschränke, wenn ein von der übrigen Einigung trennbarer Teil der Einigung nicht eingetragen sei und außerdem gemäß § 139 BGB. anzunehmen sei, daß die Beteiligten die Rechtsänderung auch ohne diesen Teil vorgenommen haben würden. Auf die Vorschrift des § 139 war bereits in der IV. Auflage kurz hingewiesen; sie wird auch vom KG. (KGJ. 42, 260; 43, 229; 53, 174) angezogen, ferner von Rosenberg, Güthe-Triebel, Wolff. Man wird hiernach die Anwendbarkeit des § 139 als herrschende Meinung ansehen können. Diese ist jedenfalls dann zutreffend, wenn, wie in den Fällen KGJ. 42, 260; 43, 229 der nicht eingetragene Teil der Einigung inhaltlich unzulässig, also nichtig war. In diesem Falle ist nach § 139 (evtl. 140) zu entscheiden, ob die ganze Einigung nichtig ist, was im Falle der Bejahung dieser Frage die völlige Unwirksamkeit der eingetragenen Rechtsänderung zur Folge hat. Ist aber, wie in dem unterstellten Falle, der nicht eingetragene Teil der Einigung inhaltlich zulässig, so kommt m. E. allerdings auch die Vorschrift des § 139 zwar nicht unmittelbar, aber in entsprechender Anwendung, in Frage, wird aber in der Regel praktisch ohne Bedeutung sein. Wenn die Einigung auf eine Hypothek von 10 000 M lautet, aber nur 1000 M eingetragen sind, so wird hierdurch die Einigung über 10 000 M nicht unwirksam, vielmehr kann die Eintragung von 9000 M nachgeholt werden, und wenn dies geschieht, wird die vereinbarte Rechtsänderung (Hypothek von 10 000 M) wirksam. Kann die Nachholung der Eintragung von 9000 M nicht erfolgen, weil inzwischen das Eigentum

am Grundstück gewechselt hat, oder nicht mit dem beabsichtigten Range, weil inzwischen andere Belastungen eingetragen sind, so ist zwar die Einigung nicht nichtig, sie kann aber nicht zu dem erstrebten Ziele führen, und es wird zulässig sein, in Fällen dieser Art § 139 entsprechend anzuwenden. Dasselbe gilt, wenn die Einigung, die nach § 873 Abs. 2 nicht bindend ist, widerrufen wird. In der Regel wird aber aus dem der Einigung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrage über die Bestellung einer Hypothek von 10000 ℳ heraus zu beurteilen sein, welche Rechtsfolgen im Verhältnis der Parteien untereinander die Nichteintragung der 9000 ℳ hat.

In der Erl. II, 4 wird die Frage erörtert, ob ein innerer Zusammenhang zwischen der Einigung und der Eintragung bestehen müsse. Es wird die Auffassung vertreten, daß auch eine aus anderem Anlasse oder auch aus Versehen bewirkte Eintragung eines neuen Eigentümers in Verbindung mit einer vorgängigen oder nachfolgenden Auflassung den Eigentumsübergang bewirke. Ein praktischer Fall dieser Art ist der vom KG.: KGJ. 51, 188 entschiedene, daß ein als Eigentümer eingetragener Vorerbe nach Eintritt des Nacherbfalls das Nachlaßgrundstück vom Nacherben durch Rechtsgeschäft erworben und aufgelassen erhalten hat. Das KG. hat die erneute Eintragung des Eigentümers für erforderlich erachtet, während Strecker den Vermerk der Auflassung als empfehlenswert, aber nicht für erforderlich ansieht, weil die Eintragung des Erwerbsgrundes im BGB. nicht vorgeschrieben sei. Ich habe schon bei anderer Veranlassung (vgl. meine Anm. JW. 1931, 3564) darauf hingewiesen, daß § 873 BGB. nicht die Eintragung des sich aus der Rechtsänderung ergebenden Zustandes (des Eigentums des Erwerbers), sondern „die Eintragung der Rechtsänderung" zur Übertragung des Eigentums verlangt. Die Rechtsänderung, d. h. die Übertragung des Eigentums vom Nacherben auf den Vorerben, ist aber im Grundbuch nicht eingetragen, wenn der auf Grund seines Vorerbrechtes als Eigentümer eingetragene als Eigentümer im Grundbuch stehen bleibt, ohne daß die Übertragung des Eigentums vom Nacherben auf den Vorerben irgendwie im Grundbuch zum Ausdruck kommt. Die Ansicht des KG. ist deshalb m. E. zutreffend, und der Einwand, daß das BGB. die Eintragung des Erwerbsgrundes nicht vorschreibt, trifft nicht den entscheidenden Punkt. Sie ist nach der bestehenden Grundbucheinrichtung die Form, in der die von § 873 geforderte Eintragung der Rechtsänderung vorgenommen wird, da nicht die Tatsache der Übertragung des Eigentums des bisherigen Eigentümers auf den Erwerber ausdrücklich eingetragen wird, sich diese Übertragung vielmehr nur aus der Angabe des Erwerbsgrundes (aufgelassen und eingetragen) in Verbindung mit den aufeinanderfolgenden Eintragungen des bisherigen und des neuen Eigentümers ergibt. Daß den Inhalt der Eintragungen nach § 873 die „Rechtsänderung" bildet und grundsätzlich alles in das Grundbuch einzutragen ist, dessen es zur Klarstellung bedarf, inwieweit durch die neue Eintragung in den Rechtsverhältnissen des Grundstücks eine Änderung eintritt, wird in Erl. IV, 2 anerkannt. Wenn aber dann gesagt wird, daß es, wenn die Rechtsänderung in der Übertragung des Eigentums besteht, der Eintragung des Erwerbers als neuen Eigentümers bedürfe, so scheint mir damit der Inhalt der erforderlichen Eintragung nicht erschöpfend angegeben zu sein. Zur Eintragung der Übertragung des Eigentums gehört auch die Kenntlichmachung, daß das bisher einem anderen Berechtigten zustehende Eigentum auf einen neuen Berechtigten übergegangen ist. Dies ist der entscheidende Gesichtspunkt. Die in einer von Strecker erwähnten Entsch. des RG. v. 6. Jan. 1926: JurRdsch. 1926 Nr. 804 sich findenden Ausführungen, daß das Gesetz nur derjenigen Einigung oder Eintragung Wirksamkeit verleihe, welche zu einer Eintragung oder Einigung zwischen denselben Berechtigten in Beziehung stehe, und daß, wenn § 873 die Eintragung vorschreibe, darunter eine Eintragungstätigkeit des GBA. nicht der bloße Zustand des Eingetragenseins zu verstehen sei, scheinen mir mehr auf einem Gefühl des Richtigen als auf einer scharfen Herausarbeitung des Wesentlichen zu beruhen.

Die Einigung ist ein abstraktes Rechtsgeschäft und grundsätzlich unabhängig von der Gültigkeit des zugrunde liegenden schuldrechtlichen Geschäfts. Wird sie, namentlich die Auflassung gesondert von diesem beurkundet, so hat sie die Bedeutung einer Leistung im Sinne des § 812 BGB. und die Ungültigkeit der schuldrechtlichen Verpflichtung gibt nur das Recht zur Rückforderung nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung. Wird die Einigung zugleich mit dem schuldrechtlichen Vertrag erklärt, so ist es streitig, ob sich nach § 139 BGB. aus der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit dieses Vertrages auch die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Einigung, insbes. der Auflassung ergibt. In der IV. Auflage war diese Frage bejaht, jetzt wird diese Ansicht aufgegeben (Erl. III, 5 b), indem aus der abstrakten Natur der Einigung hergeleitet wird, daß diese als ein selbständiges Rechtsgeschäft anzusehen sei und von der Gültigkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäfts nur dann abhängig sei, wenn diese zur Bedingung für die Wirksamkeit der Einigung gesetzt sei. Die abstrakte Natur der Einigung ist eine Eigentümlichkeit des deutschen Rechts, die ihre großen Vorzüge hat. Diese Vorzüge liegen aber auf dem Gebiet der formellen Handhabung des Grundbuchrechts, außerdem auf dem Gebiet der scharfen begrifflichen Erfassung der Elemente der rechtsgeschäftlichen Verfügung, die bei anderen Rechten fehlt, welche die causa zum Erfordernis der Wirksamkeit einer Verfügung machen. Diesen Vorteilen können aber materiellrechtliche Nachteile gegenüberstehen, wenn das Grundgeschäft nur in der Form der Kondiktion zur Rückgängigmachung der Verfügung führt. Mir scheint es daher im Interesse des den Vorrang vor dem formellen Recht verdienenden materiellen Rechtes geboten zu sein, überspannungen des an sich wertvollen Gedankens der Selbständigkeit der dinglichen Verfügung durch die Anwendung des § 139 entgegenzutreten. Ich gebe daher in diesem Falle der IV. Auflage den Vorzug vor der V. Auflage.

Der Umfang der vorstehenden Erörterungen zeigt, in wie reichem Maße der Inhalt der Erläuterungen zu einem einzigen Paragraphen zur eingehenden Beschäftigung mit Problemen des Sachenrechts anregt. Es liegt in der Natur der Sache, daß in der Besprechung solche Punkte in den Vordergrund gestellt werden, bei denen der Besprechende glaubt, etwas zur Sache Dienliches sagen zu können, und das sind gerade diejenigen, in denen er zu einer abweichenden Meinung gelangt. Daß neben den besprochenen Fragen die Erläuterungen hier wie in den sonstigen Teilen des Buches eine Fülle neuer Ausführungen enthalten, die dem Leser wertvolle Belehrung verschaffen und seiner vollen Zustimmung sicher sein können, bedarf daher eigentlich gar nicht der Hervorhebung. Hinweisen möchte ich nur auf die eingehende Darstellung, unter welchen Voraussetzungen eine Eintragung ins Grundbuch geeignet ist, die Wirkung einer Rechtsänderung gemäß § 873 herbeizuführen, weil mir dieser Hinweis Gelegenheit gibt, zu betonen, in wie glücklicher Weise der Verfasser es verstanden hat, den Ordnungsvorschriften des Grundbuchrechts ihre richtige Bedeutung anzuweisen und den Anforderungen des materiellen Rechts ihnen gegenüber zum Siege zu verhelfen.

Eine kritische Bemerkung glaube ich nicht unterdrücken zu sollen, obwohl sich diese nicht speziell auf die jetzt vorliegende Lieferung, sondern auf die allgemeine Anlage des Planckschen Kommentars bezieht. Der Kommentar hat in sehr dankenswerter Weise eine systematische Gliederung der Anmerkungen vorgenommen, in der zunächst Abschnitte mit römischen Ziffern erscheinen, in diesen Unterabschnitte mit arabischen Ziffern, in diesen weitere Unterabschnitte mit lateinischen Buchstaben, endlich Unterabschnitte mit griechischen Buchstaben verzeichnet sind. Es hat dies zur Folge, daß die Zitierung der Ausführungen sehr umständlich ist. Ich würde es für sehr zweckmäßig halten, wenn mit dieser Gliederung eine Bezeichnung der einzelnen Abschnitte und Unterabschnitte nach Paragraphen oder Nummern verbunden würde, ähnlich wie dies z. B. bei Staub geschieht, so daß man zur Auffindung der in Betracht kommenden Stelle nur die Zahl eines Paragraphen oder einer Nummer anzugeben braucht.

Staatssekr. a. D. Wirkl. Geh. Rat Dr. Mügel, Berlin.

Dr. Gustav Boehmer, Prof. in Halle: Einführung in das bürgerliche Recht. Leipzig 1932. Verlag Felix Meiner. 99 Seiten. Preis 2,80 ℳ.

Verf. verfolgt bei dieser Darstellung der leitenden Grundsätze des bürgerlichen Rechts vor allem das Ziel, überall die rechtspolitischen und rechtssystematischen Grundgedanken des Rechts klarzulegen, daneben werden an geeigneter Stelle auch kritische Bemerkungen eingeflochten. Die so orientierte Betrachtungsweise erscheint in hohem Grade geeignet, von vornherein bei den jungen Studierenden das richtige Verständnis für die Gedankenwelt des bürgerlichen Rechts zu erwecken und damit ihr Interesse am Rechtsstudium zu beleben. Auch Studierenden in älteren Semestern wird die Lektüre des Buches den Sinn für die Bedeutung und den Zusammenhang der Rechtssätze schärfen. Das Buch kann den Rechtsbeflissenen daher warm empfohlen werden.

KGVizepräs. i. R. Prof. Dr. David, Berlin.

Dr. Lothar Goldschmidt, Senatsvorsitzender des Landesgerichts in Wien: Die Verfassung von Grundbuchseingaben. Eine Anleitung mit Beispielen. XVIII und 332 Seiten. Großoktav. Preis in Ganzleinen 16,40 S oder 10 ℳ.

Das in erster Linie für die rechtskundigen Verf. von Grundbuchseingaben in Österreich bestimmte Werk enthält im ersten Teil eine Anleitung zur Abfassung von Grundbuchanträgen und im zweiten (größeren) eine reiche Zahl von Mustern solcher Anträge, die in Österreich bekanntlich den Tenor des erstrebten Gerichtsbeschlusses gleich wörtlich enthalten. Streitfragen des Immobiliarrechts werden in der Regel weder behandelt noch erwähnt, sondern als bekannt vorausgesetzt. Das Werk hat wohl nur für die wenigen reichsdeutschen Juristen Interesse, die mit österreichischen Immobilien zu tun haben.

D. S.

Dr. Friedrich Bernhöft, Landgerichtsdirektor und Privatdozent an der Universität Rostock: **Einigung, Antrag und Eintragungsbewilligung im Liegenschaftsrecht.** Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. 84 Seiten. Preis 5 ℳ.

In klarer, leicht verständlicher Darstellung erörtert der Verf. die rechtliche Natur der grundbuchrechtlichen Einigung, der Eintragungsbewilligung und des Eintragungsantrags, deren Erfordernisse und Formen, die Befugnis zu ihrer Abgabe, ihre rechtlichen Beziehungen zueinander, rechtliche Bedeutung und Wirkungen und die Ermittelungspflicht (Prüfungspflicht) des Grundbuchrichters. Trotz der Kürze der Darstellung finden zwar nicht alle, aber doch die meisten der vielen einschlägigen Streitfragen Erwähnung. Der Verf. betont besonders die Unterschiede zwischen den Willenserklärungen des bürgerlichen Rechtes und den Handlungen des Verfahrensrechts sowie zwischen den Handlungen der streitigen und denen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (S. 19 ff., 26 ff., 35 ff., 69 f.). Während er sich regelmäßig den in der Rspr. herrschenden Ansichten über die streitigen Punkte (wenigstens im Ergebnis) anschließt, führt ihn die scharfe Abgrenzung des Verfahrensrechts von dem sachlichen Rechte zur Bekämpfung der Sätze, der Grundbuchrichter habe die Aufgabe, das Grundbuch möglichst mit der Wirklichkeit in Einklang zu halten, auch für ihn gelte die Vermutung des § 891. Nach der Ansicht des Verf. (S. 80 ff., s. auch S. 51, 65, 71) hat der Grundbuchrichter den Inhalt des Grundbuchs seiner Entsch. stets zugrunde zu legen (abgesehen von den Ausnahmefällen, in denen ihm ausdrücklich eine Ermittelungspflicht auferlegt ist) und ist nur bei Prüfung der Rechtsgültigkeit der formellen Erklärungen verpflichtet, alles zu berücksichtigen, was beachtliche Zweifel an deren verfahrensrechtlichen Wirksamkeit begründet; aus dem Grunde, daß durch die beantragte Eintragung das Grundbuch unrichtig werden würde, soll er diese nur dann ablehnen dürfen, wenn einer der Beteiligten dies behauptet und die behauptete Tatsache, wenn sie nicht offenkundig ist, mit den in der GBO. zugelassenen Beweismitteln beweist.

In den Anmerkungen bringt der Verf. die Angabe einiger Entsch. und zahlreiche Schrifttumsangaben oder verweist auf Stellen, wo solche zu finden sind. Dabei ist Rosenbergs Sachenrecht, das in dem Verzeichnisse S. VI f. fehlt, berücksichtigt worden. Auffallenderweise führt er von Plancks Komm. nur die 1906 erschienene 3. Aufl. an, obwohl dessen Bd. III in 4. Aufl. bereits 1920 völlig, die hier in Betracht kommende 1. Lieferung 1915 erschienen ist.

SenPräs. i. R. Dr. Strecker, Leipzig.

Walter Johnson, Ministerialrat im sächsischen Justizministerium: **Der Reichsgesetzschlüssel.** Plauen i. V. 1931. Verlag Moritz Wieprecht GmbH. 165 Seiten.

Das Buch hilft, sich rasch und leicht in den vom Reich erlassenen Gesetzen zurechtzufinden. Unter alphabetisch geordneten Stichworten ist das, was sachlich zusammengehört und in den verschiedensten Gesetzesstellen behandelt ist, zusammengefaßt. Bei wiederholten Gelegenheiten in der Praxis habe ich den Reichsgesetzschlüssel erprobt und dabei gefunden, daß man sich an seiner Hand schnell und zuverlässig darüber unterrichten kann, wo die einschlägigen reichsgesetzlichen Vorschr. zu finden sind. Das Buch bildet daher ein wertvolles Hilfsmittel für den Praktiker.

Berücksichtigt sind alle Reichsgesetzblätter, die bis einschließlich 26. Juni 1930 erschienen sind. Da seitdem eine ganze Reihe Vorschriften im Reichsgesetzblatt veröffentlicht worden sind, muß der Benutzer des Reichsgesetzschlüssels allerdings darauf achten, ob seit jenem Zeitpunkt reichsgesetzliche Vorschriften auf dem jeweils in Frage kommenden Gebiet erlassen worden sind. Zu begrüßen wäre es deshalb, wenn das Buch unter Berücksichtigung der inzwischen erschienenen Reichsgesetzblätter neu aufgelegt oder durch einen Nachtrag auf den gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung gebracht würde.

RA. Dr. A. Hahnemann, Leipzig.

Reichsversicherungsordnung nebst Durchführungs- und Ausführungsbestimmungen. Textausgabe mit Sachverzeichnis. Bearbeitet von Oberregierungsrat **Kollmann**, Mitglied des Oberversicherungsamtes Dortmund. 2. verbess. u. erg. Aufl. in Loseblattbuchform. Stuttgart 1931. Verlag W. Kohlhammer. 569 Seiten. Preis in Patenthefter 10,50 ℳ.

Die 2. Aufl. des JW. 1931, 1443 besprochenen Buches bringt das Werk auf den Stand vom August 1931. Die Bezieher werden es mit Dank begrüßen, daß der Verlag durch die 2. Aufl. die Einordnung weiterer Nachträge in die 1. Aufl. entbehrlich gemacht und ein geschlossenes vollständiges Werk geliefert hat.

Inzwischen ist im Februar 1932 die Lieferung II, 1 der Ergänzungsblätter erschienen. Diese enthalten die NotVO. v. 8. Dez. 1931 mit den DurchfBest. v. 5. Febr. 1932, das neue Arztrecht und kleinere Änderungen aus den letzten Monaten. Die DurchfBest. zu den einschlägigen Vorschriften der NotVO. v. 8. Dez. 1931 sind in der Form in die Ergänzungsblätter verarbeitet, daß sie zu den zugehörigen Paragraphen der NotVO. übersichtlich hinzugesetzt worden sind. Durch die Ergänzungsblätter ist die Ausgabe auf den neuesten Stand gebracht.

D. S.

Ausverkaufswesen und Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. (Zweiter Teil der Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft vom 9. März 1932, RGBl. I, 121.) Erläutert von **Rudolf Harmening** und **Otto Wagner**, Oberregierungsräten im Reichsjustizministerium, und Dr. **Karl Schäfer**, Amtsgerichtsrat im Preuß. Justizministerium. 110 Seiten. Berlin. Verlag von Franz Vahlen. Preis 2,70 ℳ.

Der 2. Teil der NotVO. v. 9. März 1932, der einschneidendste Änderungen der Vorschriften über das Ausverkaufswesen und den strafrechtlichen Schutz gegen Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen bringt, stellt sich als Novelle zum UnlWG. und zum GVG. dar. Die Verf. des Komm., die bei der Entstehung der NotVO. an maßgebender Stelle mitgewirkt haben, erläutern die Bedeutung und den Inhalt der neuen Vorschriften in sorgfältigen Anmerkungen zu den einzelnen Bestimmungen.

Die Übersichtlichkeit ist durch die gute Gliederung und Anordnung sowie durch die Hervorhebung im Druck ausgezeichnet. D. S.

Länder.

Landgerichtspräsident a. D. D. K. **Mayer** und Ministerialrat **Hörner**: **Württembergisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zu anderen Reichsjustizgesetzen** (AGBGB. vom 29. Dez. 1931). Kommentar. Stuttgart 1932. J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung. 244 Seiten. Preis geh. 4,75 ℳ, in Ganzleinen 5,70 ℳ.

Der Herausgeber des bekannten großen Komm. zum bisherigen WürttAGBGB. und der Ministerialberichterstatter für das vorliegende Gesetz haben sich zur Herausgabe eines Komm. zu dem neuen Gesetz verbunden. Der Komm. ist im Hinblick auf die Zeitlage kürzer gehalten als der frühere, enthält aber alles zur Erleichterung des Verständnisses Erforderliche.

Der Komm. nimmt überall durch Verweisungen auf den früheren größeren Komm. des erstgenannten Verf. Bezug, ist aber bestimmt und geeignet, auch für sich allein benützt zu werden. Der Komm. ist unentbehrlich für alle, die sich mit den Bestimmungen des neuen Gesetzes zu befassen haben und kann bestens empfohlen werden.

RA. Dr. Wilhelm Kiefe, Stuttgart.

Dr. **Max Schreiter**, Rechtsanwalt in Dresden-Weißer Hirsch: **Sächsisches Rechtsbrevier.** Straubing 1932. Cl. Attenkofersche Buch- und Kunstdruckerei, Verlagsbuchhandlung. Preis 30 ℳ.

Auf 1440 Seiten sind die sächsischen Gesetze und Verordnungen, die noch Bedeutung haben, zusammengestellt vom Straßenbaumandat v. 28. April 1781 an bis zur Änderung des VerwKostG. v. 21. Okt. 1931. Ausgeschieden ist lediglich das Steuerrecht. Vermöge ihrer Vollständigkeit und Übersichtlichkeit erleichtert die Sammlung jede Arbeit, indem sie das Veraltete ausscheidet und das geltende Recht nach Gegenständen geordnet darbietet, so daß man z. B. unter „Beamtenrecht", unter „Schulrecht" alles findet, was dazu an Gesetzen oder Rechtsverordnungen noch in Geltung ist. So wird die Beschaffung neuer Textausgaben entbehrlich und das Suchen im SächsGBl., das durch das Fehlen eines Registers von 1907 bis zur Gegenwart besonders unbequem ist, erspart. Ein Schlagwortregister ermöglicht schließlich, sofort zu finden, worüber man Auskunft wünscht. Die Ausstattung entspricht der des im gleichen Verlage erschienenen Juristenbreviers und des Verwaltungsbreviers. Dem Herausgeber wie dem Verleger kann man für das wertvolle Hilfsmittel nur dankbar sein, wobei sich zuweilen die Frage aufdrängt, ob denn wirklich jedes der deutschen Länder sein Sonderrecht für den Gegenstand haben mußte.

JR. Prof. Dr. Wünschmann, Leipzig.

Berichtigung.

Dr. **Hans Scheer**: **Das Bankgeheimnis.** Leipzig 1931. Universitätsverlag von Robert Noske. XI u. 122 S. Preis 5 ℳ.

Das JW. 1932, 1002 besprochene Buch ist als Heft 4 der von Prof. Dr. Guido Kisch, Halle, herausgegebenen „Beiträge zum Handelsrecht" erschienen.

D. S.

Rechtsprechung.

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgens und Rechtsanwalt Huber.

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt. — † Anmerkung.]

I. Materielles Recht.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

1. § 39 BGB. Die Anrufung der Gerichte gegen den Ausschluß aus einem nicht eingetragenen Verein ist erst zulässig, wenn der satzungsmäßig vorgesehene Instanzenzug erschöpft ist. Die hierdurch bewirkte weite Hinausschiebung des Spruches der obersten Vereinsinstanz schafft nicht ohne weiteres den Einwand der Arglist gegenüber dem Verein.

Der Kl. wurde von der Mitgliedschaft in dem beklagten Verbande, der nicht im Vereinsregister eingetragen ist, ausgeschlossen. Seine beim Hauptvorstande erhobene Beschw. gegen den Ausschluß wurde abgewiesen und zugleich bemerkt, daß ihm gegen diesen Beschluß des Verbandsvorstandes das Recht der Beschw. beim nächsten Verbandstage zustehe. Der nächste Verbandstag findet satzungsgemäß erst im Sommer 1932 statt. Mit der im Jan. 1930 erhobenen Klage hat der Kl. begehrt, den bekl. Verband zu verurteilen, anzuerkennen, daß der Beschl. des Verbandsvorstandes ungültig und unzulässig sei.

Das BG. hat seine Entsch. damit begründet, daß die Klage auf Ungültigkeitserklärung des Ausschlusses zur Zeit abzuweisen sei, weil der Kl. den in § 10 der Satzung vorgesehenen Instanzenzug nicht eingehalten, nämlich von dem ihm durch § 10 Ziff. 4 der Satzung eröffneten Recht auf Beschw. bei dem Verbandstage noch keinen Gebrauch gemacht habe. Diese Begründung steht im Einklang mit dem vom RG. in ständiger Rspr. angewandten Grundsatz, daß die Einhaltung des satzungsmäßigen Instanzenzuges, und zwar die Erschöpfung aller von der Satzung gewährten Abhilfsmittel, die Vorbedingung für die Anrufung des ordentlichen Gerichts gegen die Verhängung des Ausschlusses und auch anderer Maßnahmen eines Vereins gegen eines seiner Mitglieder bildet (RG. 85, 355[1]); Urt. v. 5. Nov. u. 22. Dez. 1928, IV 830/27 u. IV 353/28).

Die Rev. hält die Anwendung dieses Grundsatzes auf den vorl. Fall für ausgeschlossen, weil der Berufung des Bekl. auf die Möglichkeit des Rechtsbehelfs des § 10 Abs. 4 unter den gegebenen Umständen die Einrede der Arglist entgegenstehe.

Der § 10 Abs. 4 der Satzung lautet:

Abs. 4: Jeder Ausgeschlossene hat das Recht, wegen seines Ausschlusses eine Beschwerde an den nächsten Verbandstag einzureichen. Aufschiebende Wirkung hat diese Beschwerde nicht.

Die Rev. macht geltend, daß die Entsch. des ordentlichen Gerichts wegen der besonderen Umstände des gegebenen Falles schon jetzt zugelassen werden müsse. Da der Kl. im Okt. 1929 nach dem im Sommer desselben Jahres abgehaltenen Verbandstage ausgeschlossen sei und Verbandstage regelmäßig nur alle drei Jahre stattfinden, so bestünde für den Kl. erst im Sommer 1932 — d. h. fast drei Jahre nach dem Ausschluß — die Möglichkeit, im Wege der Beschw. bei dem Verbandstage das Verfahren zum Abschluß zu bringen. Dieser Aufschub der endgültigen Entsch. könne ihm bei seinem Alter von 59 Jahren sowie mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Folgen der Ausschließung, deren Wirkungen nicht hinausgeschoben seien, sowie auf die mit ihr verbundene berufliche Diffamierung nicht zugemutet werden.

Diesen Ausführungen kann insoweit beigetreten werden, als zuzugeben ist, daß auch bei nicht erschöpftem satzungsmäßigen Instanzenzug der ordentliche Rechtsweg dann nicht ausgeschlossen ist, wenn der Verein selbst durch irgendeines seiner Organe die Durchführung des satzungsmäßigen Verfahrens böswillig verhindert oder ungebührlich verzögert (Recht 1925, 15 Nr. 6). Derartige Voraussetzungen liegen hier aber nicht vor. Die verhältnismäßig weite Hinausschiebung ist nicht durch eine willkürliche Handlung zum Schaden des Kl., sondern durch die Satzung, der er sich unterworfen hat, selbst bedingt, und es hat sich nur zufällig gefügt, daß die Verhängung des Ausschlusses in einen Zeitraum gefallen ist, der von dem nächsten Verbandstage besonders weit entfernt war. Die Vorschr. der Satzung ist aber im Hinblick auf die hohen Kosten eines Verbandstages getroffen, die durch die weiten Reisen der zahlreichen von der Satzung berufenen Gauvertreter des über ganz Deutschland verbreiteten Verbandes entstehen. Die Rev. meint, daß gleichwohl die Berufung auf die Satzung unzulässig sei, wenn deren strenge Durchführung zu unbilligen Ergebnissen führen müsse: es sei an die Fälle zu denken, in denen eine Satzung im Ausschlußverfahren die Anrufung eines nur alle fünf oder gar zehn Jahre stattfindenden Verbandstages oder eines sonstigen Organes durch den Betroffenen vorschreibe und dadurch die Ausschließung praktisch zu einer endgültigen gestalte, während der satzungsmäßige Instanzenzug immer noch nicht erschöpft und daher die Klage beim Gericht immer noch nicht zugelassen sei. Ferner könne es vorkommen, daß der Vorstand den satzungsmäßigen Verbandstag willkürlich vertage. — In diesem zweiten Falle würde je nach den Umständen eine böswillige Verhinderung der Durchführung des satzungsmäßigen Verfahrens mit ihren oben erwähnten von der Rspr. anerkannten Folgen vorliegen. Die weitere Frage, von wann ab ein in der Anrufung des Verbandstages oder eines sonstigen Organes gipfelnder Instanzenzug mit Rücksicht auf die übermäßige Weitläufigkeit der von der Satzung vorgesehenen Fristen nicht mehr als ordnungsmäßig anzusehen sein würde, kann hier dahingestellt bleiben, da bei dreijähriger oder geringerer Dauer der Zwischenräume die Verneinung der Ordnungsmäßigkeit sich noch nicht rechtfertigen läßt. Dies gilt auch dann, wenn die Wirksamkeit des Ausschlusses bis zu der befristeten Entsch. keinen Aufschub erfährt. Eine andere Auffassung würde nur dann in Frage kommen, wenn der Betroffene auch schon durch die Tatsache des zwar noch nicht endgültigen, aber nicht aufschiebend bedingten Ausschlusses in seinen lebenswichtigen Interessen berührt ist.

(U. v. 28. Sept. 1931; 131/IV. — Berlin.) [Ka].

2. §§ 93, 94 BGB.

1. Der Umstand, daß die Gebäude schon vorhanden waren, bevor die Anlagen in sie eingebaut wurden, schließt den Begriff des Einfügens zur Herstellung des Gebäudes nicht aus, sofern damit das Gebäude erst seine fertige Eigenart erhalten hat.

2. Maschinen können mit einer ganzen Leitungsanlage und dadurch mit dem gesamten Grundstück eine Einheit, die nicht getrennt werden kann, bilden. †)

Auf einem Grundstücke in R. wurde seit längerer Zeit

[1]) JW. 1915, 18.

Zu 2. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Maschinenanlage

eine Holzbearbeitungsfabrik (Möbelfabrik) betrieben. Eigentümer waren mehrere Jahre lang die G.-Werke. Sie schafften i. d. J. 1922—1924 die Maschinen an, die den Gegenstand des Streites bilden, nämlich eine Dampfmaschine, zwei Dynamomaschinen, eine Spänetransportanlage, eine Trockenanlage und zwei Vollgatter. Sie verpachteten dann den Fabrikbetrieb an die M.-GmbH., die später das Fabrikgrundstück käuflich erwarb. Während des Pachtverhältnisses will die Bekl. für einen den G.-Werken gewährten Kredit von ihnen das Eigentum an sämtlichen Maschinen, insbes. den genannten, erworben haben, und zwar durch den Sicherungsübereignungsvertrag v. 25. März 1925. In dem Kaufvertrage v. 10. Juli 1926, durch den die M.-GmbH. das Anwesen kaufte, wurde von der Verkäuferin darauf hingewiesen, daß „der weitaus größte Teil der Arbeitsmaschinen" der Bekl. für ein Darlehn übereignet worden sei mit dem Rechte auf Zurückübereignung gegen Auszahlung des Darlehnsbetrages; dieses Recht wurde der Käuferin übertragen. Das Grundstück kam i. J. 1928 auf Antrag der erststelligen Hypothekengläubigerin, der St., deren Darlehnshypothek von 71 684 g Feingold am 28. Nov. 1924 eingetragen worden war, zur Zwangsversteigerung. Für die Kl. stand seit dem 21. Dez. 1926 eine Darlehnshypothek von 110 000 GM. und seit dem 20. Aug. 1927 eine Sicherungshypothek von 60 000 GM. eingetragen. Während des Zwangsversteigerungsverfahrens erwarb die Kl. auch die Hypothek der St. Die Bekl. erwirkte einen Beschluß des Versteigerungsgerichts, durch den die Zwangsversteigerung in die genannten Maschinen einstweilen eingestellt wurde. In dem Versteigerungstermin v. 14. Dez. 1928 blieb die Kl. Meistbietende und erhielt den Zuschlag unter einer auf den Einstellungsbeschluß hinweisenden Versteigerungsbedingung. Bei der Verteilung des Versteigerungserlöses fiel die auf die Kl. übergegangene Hypothek der St. zum größten Teile aus, ihre beiden anderen Hypotheken fielen gänzlich aus. Sie ließ die letzte Hypothek löschen, die beiden anderen als Eigentümerhypotheken stehen. Die streitigen Maschinen blieben auf dem Grundstücke, da die Kl. durch eine EinstwVerf. schon während des Zwangsversteigerungsverfahrens die Entfernung verhindert hatte.

Die Kl. nimmt die streitigen Maschinen in erster Linie als Eigentümerin in Anspruch, weil sie wesentliche Bestandteile des von ihr ersteigerten Grundstücks seien. In zweiter Linie will sie, wenn die Maschinen nur als Zubehör anzusehen sein sollten, sich die Vollstreckung in die Maschinen sichern. Sie bestreitet den Abschluß und die Wirksamkeit des Sicherungsübereignungvertrags. Mit der Klage beantragte sie demgemäß in erster Linie festzustellen, daß die Bekl. nicht Eigentümerin der Maschinen und nicht berechtigt sei, sie zu entfernen und ihre Herausgabe von der Kl. zu verlangen, in zweiter Linie, die Bekl. zu verurteilen, daß sie die Zwangsvollstreckung in die Maschinen wegen der für die Kl. eingetragenen Hypotheken zu dulden hätte. Die Bekl. bestritt, daß die Maschinen wesentliche Bestandteile des Grundstücks seien, und berief sich auf den Sicherungsübereignungsvertrag v. 25. März 1925, und zwar auch gegenüber der schon 1924 begründeten, während des Zwangsversteigerungsverfahrens auf die Kl. übergegangenen Hypothek der St., da diese auf die Haftung der Maschinen für ihre Hypothek durch Schreiben v. 8. Sept. 1928 verzichtet habe, was der Kl. beim Erwerbe der Hypothek bekannt gewesen sei. Die Kl. meint demgegenüber, daß auf die Haftung wesentlicher Bestandteile nicht verzichtet werden könne und daß ein solcher Verzicht von der St. auch nicht ausgesprochen worden sei; für den Fall, daß aus dem Schreiben der St. v. 8. Sept. 1928 das Gegenteil herausgelesen werden sollte, habe die St. aber in ihrem Schreiben v. 20. Okt. ihre Erklärung wegen Irrtums angefochten.

Das LG. stellte entsprechend dem Hauptantrage der Klage fest, daß die Bekl. an keiner der streitigen Anlagen Eigentum habe und nicht berechtigt sei, sie von dem Grundstücke zu entfernen oder ihre Herausgabe zu verlangen. Das LG. sah sämtliche streitigen Anlagen als wesentliche Bestandteile des Fabrikgrundstücks an. Das wurde vom BG. für die Dampfmaschine, die beiden Dynamomaschinen, die Spänetransportanlage und die Trockenanlage gebilligt; insoweit wurde die Ber. der Bekl. durch Teilurteil v. 17. Febr. 1931 zurückgewiesen. Dagegen sah das BG. in den beiden Vollgattern nur Zubehör, nahm aber an, daß die Bekl. ihr Eigentum daran nicht bewiesen habe und wies im Schlußurteil v. 9. Juni 1931 den noch übrigen Teil der Ber. mit der Maßgabe zurück, daß an Stelle des Hauptantrages dem Hilfsantrage stattgegeben und die Bekl. demgemäß verurteilt wurde, die Zwangsvollstreckung in die beiden Vollgatter wegen der für die Kl. eingetragenen Hypotheken zu dulden.

Die Rev. gegen das Teilurteil wurde zurückgewiesen, die Rev. gegen das Schlußurteil führte zu dessen Aufhebung.

Das BG. geht davon aus, daß Maschinen als wesentliche Bestandteile eines Fabrikgrundstücks nur ausnahmsweise anzusehen seien, nämlich nur dann, wenn Maschinen und Bauwerk besonders aufeinander gearbeitet seien. Diese Voraussetzung sieht es bei den vom Teilurteil betroffenen Anlagen als gegeben an. Der Ausgangspunkt entspricht der Rspr. des RG. (vgl. Urt. des erk. Sen. RG. 130, 266[1]) und LZ. 1931, 1134 mit Nachweisungen). Dem BG. ist auch insoweit im Ergebnisse, wenn auch nicht durchweg in der Begründung, beizutreten.

Das BG. gründet seine Ansicht bei sämtlichen vom Teilurteil betroffenen Anlagen auf § 94 Abs. 2 BGB.; es nimmt an, daß sie sämtlich „zur Herstellung von Gebäuden eingefügt" worden seien. Das ist, entgegen der Meinung der Rev., weder bei der Dampfmaschine noch bei der Trockenanlage zu beanstanden. Mit Unrecht sieht die Rev. ein Hindernis für die Anwendung des § 94 Abs. 2 BGB. darin, daß die Gebäude schon vorhanden waren, bevor jene Anlagen in sie eingefügt wurden. Dieser Umstand schließt, sofern damit das Gebäude erst seine fertige Eigenart erhalten hat, den Begriff des Einfügens zur Herstellung des Gebäudes nicht aus (RG. 50, 244; Gruch. 52, 917; 53, 898). Hier ist aber vom BG. festgestellt, daß zur Aufnahme der Dampfmaschine ganz erhebliche Umbauten erforderlich waren. Der Raum, in dem vorher die Fabrikation von Parkettstäben betrieben worden war, wurde unterkellert und in sonstigen Teilen zum Maschinenraum umgestaltet, so daß die Maschine durch zwei Geschosse gehen konnte; eine Wand wurde durch große gemauerte Pfeiler für die Anbringung des Vorgeleges verstärkt und eine neue Decke angebracht. Das Gebäude wurde also der Maschine angepaßt, die Maschine wurde zur Herstellung des Maschinenhauses auf starken Fundamenten eingefügt und durch Rohre, die in das Mauerwerk eingelassen waren, mit den Dampfkesseln fest verbunden. Ob zur Entfernung der Dampfmaschine die Außenwände teilweise zerstört werden müßten, kann bei dieser Sachlage dahingestellt

---

einen wesentlichen Bestandteil eines Gebäudes darstellt, kommt es in außerordentlich hohem Grad auf die genaue Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse an. Soweit man sich hiervon aus den Ausführungen des Urt. ein Bild machen kann, begegnet die Entsch. keinem Bedenken; sie entspricht den vom RG. in den letzten Jahren entwickelten Grundsätzen.

Von Bedeutung ist es, daß das Urt. an der zuletzt RG. 132, 187 = JW. 1931, 1962 vertretenen Ansicht festhält, wonach die zur Sicherung übereigneten Sachen genügend bestimmt sind, wenn **alle** zur Zeit des Vertragsschlusses auf dem Fabrikgrundstück vorhandenen Maschinen übereignet werden. M. E. läßt sich dieser Grundsatz nicht mit dem gleichfalls in RG. 132, 187 = JW. 1931, 1962 betonten Erfordernis vereinbaren, daß es an der erforderlichen Bestimmtheit dann fehlt, wenn erst außerhalb des Vertrages liegende Umstände herangezogen werden müssen. Dieses Erfordernis ist nur dann erfüllt, wenn man bei Vergleich bestimmter Gegenstände mit dem Inhalt des Vertrages ohne weiteres angeben kann, ob es sich um die übereigneten Gegenstände handelt oder nicht. Ob bestimmte Maschinen zu denen gehören, welche sich bei Vertragsschluß in einer Fabrik befanden, läßt sich aber, wenn die Maschinen nicht einzeln im Vertrag aufgeführt sind, nur an Hand von Lieferscheinen oder Rechnungen oder durch Zeugenaussagen feststellen. Es bedarf also der Heranziehung von Umständen, die außerhalb des Vertrages liegen. Daß das RG. den von ihm selbst aufgestellten Grundsatz in so nachsichtiger Weise handhabt, und dadurch m. E. wenn nicht Schiebungen ermöglicht, so doch jedenfalls die ohnehin vorhandene Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiet noch vermehrt, ist ebenso bedauerlich, wie der Grundsatz selbst begrüßenswert ist.

RA. Dr. **Günter Stulz**, Berlin.

[1]) JW. 1931, 514.

bleiben. Das wäre nur für die Anwendung des § 93 BGB. von Bedeutung, nicht für die des § 94 Abs. 2 (RG. 90, 201[2]). Ob die Maschine auch nach § 93 BGB. als wesentlicher Bestandteil, sei es des Gebäudes, sei es einer auf dem ganzen Grundstück angebrachten einheitlichen Kraft- und Wärmeerzeugungsanlage anzusehen ist, bedarf hiernach keiner Untersuchung. Umgekehrt ist das Trockengebäude nicht der Trockenanlage, sondern die Anlage dem Gebäude angepaßt. Sie ist nach Maß für das Gebäude gefertigt, die Rohrleitungen sind durch Schelleisen befestigt, die in die Mauern einzementiert oder an den Holzteilen angeschraubt sind. Ihre Verbindung mit dem Gebäude macht dieses zum Trockengebäude, einem eigenartigen Bau. Die Sache liegt also anders als in dem von der Rev. angeführten Falle RGWarn. 1913 Nr. 80. Auch bei dieser Anlage kommt es nicht darauf an, ob sie leicht zu entfernen und ob auch § 93 BGB. auf sie anwendbar ist.

Nicht unbedenklich ist dagegen, wie der Rev. zugegeben werden mag, die Anwendung des § 94 Abs. 2 BGB. auf die beiden Dynamomaschinen und auf die Sägespänetransportanlage. Die Dynamomaschinen sind im Maschinenhause aufgestellt; von der Spänetransportanlage befindet sich ein Teil, nämlich der Behälter und zu ihm führende Blechrohre nicht in Gebäuden, sondern der Behälter oben auf dem Kesselhaus, die Rohre werden aus den einzelnen Gebäuden zu ihm geleitet. Inwiefern diese Anlagen „zur Herstellung von Gebäuden ihnen eingefügt" sein sollen, ist aus dem BU. nicht zu ersehen. Die Feststellungen des BG. rechtfertigen aber bei diesen beiden Anlagen die Anwendung des § 93 BGB. Das ganze Fabrikgrundstück mit sämtlichen Gebäuden ist eine einheitliche Sache. Durch sämtliche Gebäude ziehen sich, fest mit ihnen verbunden, die Leitungen für den elektrischen Strom, sie sind Bestandteile des Grundstücks nach § 93 BGB. Sie sind aber nach der Feststellung des BG. von vornherein auf die Verwendung des im eigenen Betriebe erzeugten Stromes berechnet worden und müßten umgebaut werden, wenn sie an eine andere Energiequelle angeschlossen werden sollten. Unter diesen Umständen bilden die Dynamomaschinen mit der ganzen Leitungsanlage und dadurch mit dem gesamten Grundstücke eine Einheit, die nicht getrennt werden könnte, ohne daß die Leitungsanlage in ihrem Wesen verändert würde (RG. 69, 156). Dadurch, daß sich die ganze Anlage auf dem Fabrikgrundstück befindet, unterscheidet sie sich von einer Fernleitungsanlage (RG. 83, 69[3]); 87, 44[4])). Ähnlich steht es mit der Sägespänetransportanlage. Sie durchzieht das ganze Grundstück, ihre Rohrleitungen sind den Gebäuden angepaßt, zum Teil fest vermauert, außerhalb der Gebäude durch Stützen getragen, die fest in die Erde eingebaut sind. Danach bildet die gesamte Anlage ein einheitliches, für die besonderen Zwecke des Grundstücks hergerichtetes Ganze, das wesentlich verändert werden müßte, wenn es von dem Grundstücke getrennt und anderswo verwendet werden sollte. In diesem Sinn ist wohl auch der von der Rev. beanstandete Ausdruck zu verstehen, daß die Anlage nach Maß angefertigt worden sei.

Auf die übrigen Erwägungen des BG., auf die es die Bestandteilseigenschaft dieser Anlagen stützt, braucht hiernach nicht mehr eingegangen zu werden.

Verneint hat das BG. die Bestandteilseigenschaft nur bei den beiden Vollgattern, weil es sich bei ihnen um preislistenmäßig gehandelte und von ihren Fundamenten leicht lösliche Maschinen handelt und auch eine Anpassung des Gebäudes an die Maschinen nicht festgestellt ist. Gegen diese, der Bekl. günstige Auffassung sind keine Bedenken zu erheben. Sind diese Maschinen aber nach den §§ 97, 98 BGB. nur Zubehör des Grundstücks, so unterliegen sie doch nach § 1120 BGB. jedenfalls der Haftung aus der i. J. 1924 begründeten, später auf die Kl. übergegangenen Hypothek der St., und es könnte daran nichts ändern, wenn die Bekl. sie i. J. 1925 zu Eigentum erworben haben sollte. Denn weder wurden sie von dem Grundstücke entfernt noch wurde ihre Zubehöreigenschaft aufgehoben (§§ 1121, 1122 Abs. 2 BGB.). Auch hat das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen, daß ein etwaiger Verzicht der St. auf diese Haftung die Kl. als Erwerberin der Hypothek nicht binden würde (RG. 125, 365[5])); daß die Kl. selbst einen solchen Verzicht erklärt oder die Verzichtserklärung der St. übernommen hätte, ist von der Bekl. nicht behauptet worden. Somit würde die Kl. schon wegen des Ausfalls von mehr als 170000 ℳ, den sie an dieser Hypothek erlitten hat, die Duldung der Zwangsvollstreckung in die beiden Vollgatter verlangen können. Hätte sie sich darauf beschränkt, so hätte es eines Eingehens auf den Sicherungsübereignungsvertrag überhaupt nicht bedurft. Das Eingehen hierauf wurde nur dadurch notwendig, daß die Kl. die Duldung der Zwangsvollstreckung wegen aller für sie eingetragenen Hypotheken beanspruchte, also auch wegen derjenigen, die sie erst nach dem 25. März 1925 erworben hat (RG.: Recht 1918 Nr. 82, 863).

Das BG. hat nun in seinem Schlußurteil den Beweis nicht für geführt erachtet, daß am 25. März 1925 überhaupt ein Sicherungsübereignungsvertrag mit dem Inhalte der von der Bekl. vorgelegten, erst am 4. Dez. 1925 verstempelten Urkunde geschlossen worden sei. Es vermißt aber auch die Darlegung genügender Bestimmtheit der übereigneten Gegenstände, da nicht bewiesen sei, daß das überreichte Verzeichnis die im Vertrage genannte Anlage gebildet habe, zumal es undatiert und für die M.-GmbH. von deren erst am 2. Dez. 1926 eingetragenem Geschäftsführer B. unterschrieben sei. Der Rev. muß darin recht gegeben werden, daß das Urteil mit dieser Begr. nicht zu halten ist. Die Sicherungsübereignung ist nach dem Inhalte der von der Bekl. vorgelegten Urkunde durch Abtretung des Herausgabeanspruchs vereinbart worden, den die G.-Werke gegen ihre damalige Pächterin, die M.-GmbH., hatten. Eine Mitwirkung der letzteren bedurfte es nach § 931 BGB. nicht, es kann daher auch nicht darauf ankommen, was die Kl. geltend gemacht hat und das BU. beiläufig erwähnt, daß P. als Mitunterzeichner für die G.-Werke und zugleich als Unterzeichner für die M.-GmbH. unter dem Vertrage erscheint. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob die G.-Werke und die Bekl. den Vertrag durch ihre Vertreter geschlossen haben. Ob das gerade am 25. März 1925 geschah, ist gleichfalls bedeutungslos, sofern es nur vor der Eintragung der Hypotheken der Kl. von 110000 und 60000 GM. geschehen ist. Der Vertrag bedurfte keiner Form, auf seine richtige Datierung kam nichts an. Ob und warum das BG. bezweifelt, daß er überhaupt geschlossen worden sei, wenigstens bis zum Tage der Verstempelung, läßt sich aus dem Urteil nicht ersehen; das Urteil entbehrt insoweit einer nach § 286 ZPO. ausreichenden Begr. Ferner ist der Rev. darin beizutreten, daß der Gegenstand der Übereignung im Vertrage genügend bestimmt war. Denn er betraf **sämtliche** Maschinen, die sich zur Zeit seines Abschlusses auf dem Fabrikgrundstücke befanden, und es bedurfte nötigenfalls nur der Feststellung, ob das auf die beiden Vollgatter zutraf. In dem Kaufvertrage zwischen den G.-Werken und der M.-GmbH. v. 10. Juli 1926 ist allerdings nur von dem „weitaus größten Teile der Arbeitsmaschinen" im Zusammenhange mit der Übereignung die Rede. Worauf das beruht, wird gegebenenfalls noch aufzuklären sein. Allein selbst wenn es sich nicht aufklären ließe oder wenn später noch andere Maschinen angeschafft sein sollten, die nicht unter die Sicherungsübereignung fielen, so würde das nichts daran ändern, daß der Vertrag selbst den Gegenstand genügend bezeichnet hat, indem er sich auf alle damals vorhandenen Maschinen erstreckte (RG. 132, 187 f.[6])). Der Beifügung eines Verzeichnisses bedurfte es daher für die Gültigkeit des Vertrages überhaupt nicht. Es ist demnach auch gleichgültig, ob das beigebrachte Verzeichnis mit der Vertragsanlage identisch, und wann und von wem es unterzeichnet ist. Übrigens ist nicht zu ersehen, warum dem BG. der Umstand Bedenken erregt, daß es für die M.-GmbH. von B. unterzeichnet worden ist, der erst am 2. Dez. 1926 als Geschäftsführer dieser Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen worden war. Denn der im ersten Rechtszuge vernommene Prokurist der Bekl., D., hat ausgesagt, daß er das Verzeichnis bei Gelegenheit des Ergänzungsvertrages v. 5. Jan. 1927 von B. habe unterschreiben lassen. Ob und warum das BG. diese Aufklärung

---

[2]) JW. 1917, 707. [3]) JW. 1913, 1046. [4]) JW. 1915, 911.

[5]) JW. 1929, 3291. [6]) JW. 1931, 1962.

für ungenügend gehalten hat, läßt sich wiederum aus dem Urteil nicht ersehen.

(U. v. 10. Dez. 1931; VI 207/31, VI 414/31. — Berlin.) [H.]

3. §§ 93, 94 Abs. 2 BGB. **Kühl- und Gefrieranlagen sind nach der für die Anwendbarkeit der §§ 93, 94 ausschlaggebenden allgemeinen Verkehrsanschauung kein wesentlicher Bestandteil eines modernen Hotels.†)**

Das Klagbegehren, die im Wege der Zwangsversteigerung des Hotelgrundstücks betriebene Zwangsvollstreckung in Ansehung der von der Kl. gelieferten Gegenstände für unzulässig zu erklären, ist dann gerechtfertigt, wenn diese Sachen nicht zu wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks geworden sind. Denn wenn das nicht der Fall ist, blieb das Eigentum der Kl. kraft Eigentumsvorbehalt bei der Lieferung bestehen und steht ihr daraus ein die Veräußerung der Sachen gegen den Zwangsvollstreckungsschuldner R. hinderndes Recht zu.

Nach den tatsächlichen Feststellungen des BG. steht die Kältemaschine in einem besonderen Kellerraum auf einem Zementsockel verschraubt. Von ihr gehen Rohrleitungen, die Kälteleitungen, durch Decken und Wände in verschiedene andere Räume zu den dort stehenden Kühlschränken hin. Die Rohrleitungen sind mit Stützen und Haken an Decken und Wänden befestigt. Die Kühlschränke stehen teils auf besonderen Unterlagen, mit dem Boden fest verbunden, teils vermöge ihrer Schwere und infolge ihres Anschlusses an die Kälteleitung unverrückbar fest. Einige Räume werden durch ein besonderes, der Größe der Räume angepaßtes, mit Wandverkleidung verdecktes Röhrensystem gekühlt. Das ganze ist in der Art einer Zentralheizungsanlage mit dem Gebäude verbunden. Das LG. hält die Leitungsröhren auf Grund von § 93 BGB. für wesentliche Bestandteile des Hotelgebäudes, weil sie dem Gebäude angepaßt und mit ihm so fest verbunden seien, daß sie nicht ohne eigene Zerstörung entfernt werden könnten. Die Kältemaschine und Kühlschränke sieht es auf Grund des § 94 Abs. 2 BGB. als wesentliche Bestandteile des Hotelgebäudes an, weil sie nach der allgemeinen Anschauung des Verkehrs zur Herstellung eines neuzeitlichen erstklassigen Hotels notwendig seien. Das BG. lehnt es ab, die Leitungsröhren anders als die Gesamtanlage zu behandeln, weil es sich um eine einheitliche, organisch zusammengehörende Anlage handle, die nur ein einheitliches Rechtsschicksal haben könne. Für die Gesamtanlage verneint es zunächst die Anwendbarkeit von § 94 Abs. 2 BGB., weil nach der Verkehrsanschauung, insbes. der des Publikums, dem das Hotel zu dienen bestimmt sei, dem Umstande, daß das Hotel mit einer maschinellen Kühlanlage versehen sei, keine entscheidende Bedeutung zukomme. Es würden einwandfrei konservierte Speisen, gut gekühlte Getränke und Eisgerichte verlangt. Aber das Publikum interessiere es nicht, auf welche Weise dies erreicht werde. Einwandfreie Leistungen solcher Art ließen sich auch ohne maschinelle Einrichtungen durch Eiskühlung erreichen und es gebe in Deutschland zahlreiche als erstklassig anerkannte Hotels ohne maschinelle Kühlanlage. Man könne daher nicht sagen, daß durch die Kühlanlage das Hotel E. erst sein besonderes Gepräge erhalten habe, daß es zu etwas anderem geworden sei, als es ohne die Anlage gewesen wäre. Die Anwendung des § 93 BGB. lehnt das BG. ab, weil es sich in der Hauptsache um katalogmäßig gehandelte Gegenstände handle, die ohne besondere Schwierigkeiten entfernt und anderweit wieder verwendet werden könnten. Sollten, wie das LG. annehme, die Röhren so fest mit dem Gebäude verbunden sein, daß sie nach Entfernung nicht wieder verwandt werden könnten, so handle es sich doch nur um Nebenteile, die nicht von der Hauptsache getrennt zu behandeln seien. Das BG. nimmt so an, daß die Gesamtkühlanlage Gegenstand besonderen, vom Schicksal des Gebäudes getrennten Rechts sein könne und daß danach der Eigentumsvorbehalt der Kl. gültig sei.

Die Rev. ist nicht begründet: Es mag sein, daß die früher selbständigen, von der Kl. gelieferten Sachen durch die Ein-

---

Zu 3. Bei der Prüfung der Frage, ob die Kühlanlage wesentlicher Bestandteil des Hotelgrundstücks ist, ist mit dem RG. davon auszugehen, daß die Anlage als solche eine Einheit bildet, so daß eine gesonderte Betrachtung für die Kühlschränke und die Kältemaschine einerseits, die Leitungsröhren andererseits nicht zulässig ist. Bei der gegenseitigen Abgrenzung der einzelnen Bestandteile, welche innerhalb einer Sache bestehen, ist genau ebenso auf die Verkehrsanschauung abzustellen, wie dies bei der Beantwortung der Frage, ob eine einheitliche Sache vorliegt, zu geschehen hat. Mehrere bei rein technischer oder naturwissenschaftlicher Betrachtung voneinander unterscheidbare Sachstücke können daher sehr wohl erst in ihrer Gesamtheit einen Bestandteil bilden. Das wird namentlich dann zutreffen, wenn sie miteinander nicht nur körperlich zusammenhängen, sondern auch wirtschaftlich in so hohem Maße zur Erfüllung eines gemeinschaftlichen (gegenüber dem der Hauptsache engeren) Zweckes verbunden sind, daß sie dadurch als zu einer innerhalb der Hauptsache unterscheidbaren engeren Einheit zusammengeschlossen erscheinen. Nur eine solche Betrachtungsweise, die auf die wirtschaftliche, zweckbegründete Einheit abstellt, wird der Absicht des Gesetzgebers gerecht, der durch die §§ 93 ff. die wertmindernde Trennung wirtschaftlich zusammengehöriger Dinge nach Möglichkeit verhindern wollte.

Räumt man dies ein, so wird man dem RG. beipflichten müssen, wenn es das Unbrauchbarwerden der Röhren allein — vorausgesetzt, daß deren Wert wirklich im Verhältnis zu demjenigen der Kühlschränke und der Kältemaschine unbedeutend ist — nicht für ausreichend hält, um die Anlage zu einem wesentlichen Bestandteil des Grundstücks zu machen. Bereits in früheren Entsch. ist mit Recht betont worden, daß eine nicht sehr erhebliche Beschädigung des einen oder anderen Bestandteils nicht ausreicht, um eine Zerstörung i. S. des § 93 als gegeben erscheinen zu lassen (vgl. JW. 1908, 738; RGWarn. 1910 Nr. 190). Auch die Annahme, daß es hier an einer Wesensänderung der Anlage sowie an einer Zerstörung oder Wesensänderung des Gebäudes für den Fall der Trennung fehle, dürfte keinen Bedenken unterliegen.

Die Entsch. nimmt weiterhin an, daß die Kühlanlage nicht eine „zur Herstellung des Gebäudes eingefügte Sache" i. S. des § 93 Abs. 2 sei. Das RG. geht hierbei wie in früheren Entsch. (z. B. RG. 90, 201 = JW. 1917, 707; JW. 1922, 238 u. ö.) von der zutreffenden Annahme aus, daß dem § 94 Abs. 1 außer den eigentlichen sog. Baumittelstücken (vgl. zu diesem Begriff RGRKomm. § 94 Anm. 7) auch solche Stücke unterfallen, die, ohne zur Herstellung einer **jeden** Baulichkeit erforderlich zu sein, doch gerade dem **vorliegenden** Gebäude seine besondere Eigenart verleihen. Den Erwägungen, auf Grund deren der Kühlanlage die Eigenschaft abgesprochen wird, zu diesen die Eigenart des Gebäudes begründenden Stücken zu gehören, wird beizutreten sein.

Nicht erörtert ist in der Entsch. die Frage, ob die Kühlanlage etwa deshalb wesentlicher Bestandteil geworden ist, weil sie mit dem Grund und Boden fest verbunden ist (§ 94 Abs. 1 BGB.). Zwar kommt eine **unmittelbare** Verbindung mit dem Boden nicht in Frage. Es ist indessen in Rspr. und Schrifttum bereits des öfteren angenommen worden, daß es für die Anwendung des § 94 Abs. 1 genügt, wenn eine Sache in fester Verbindung mit einem Gebäude steht, das seinerseits mit dem Grundstück fest verbunden ist. Die Verbindung wird in solchen Fällen **mittelbar** durch das Gebäude hergestellt (RG. 50, 295; JW. 1908, 295; Planck-Flad, zu § 94 Anm. 4 S. 192). Bei der Prüfung der Frage, ob eine solche mittelbare feste Verbindung zum Boden hier vorliegt, wird auch wieder darauf abgestellt werden müssen, ob die Anlage als Ganzes in fester Verbindung mit dem Boden steht. Deshalb genügt es nicht, wenn etwa die Röhrenleitungen allein mit dem Gebäude fest verbunden sind. Denn dann bestände die Verbindung nur mit einem für den Zweck der Gesamtlage, vor allem aber für ihren wirtschaftlichen Wert minder bedeutsamen Teil. Auch läßt sich bezweifeln, ob zwischen den Röhren einerseits, der Kältemaschine und den Kühlschränken andererseits eine feste Verbindung i. S. des § 94 Abs. 1 besteht. Vermutlich wird die Verbindung hier — schon der Transportabilität halber — nur durch Einschrauben oder Anlöten hergestellt sein, was nach der Rspr. bekanntlich nicht ausreicht (RGRKomm. § 94 Anm. 2). Die Kältemaschine ihrerseits ist nach den Ausführungen des Urt. nur an einem Zementsockel verschraubt. Von den Kühlschränken ist ein Teil lediglich durch die eigene Schwere oder dadurch unverrückbar, daß die fraglichen Schränke an die Röhrenleitung angeschlossen sind. Dagegen hebt das Urt. bei einem weiteren Teil der Kühlschränke hervor, daß sie „auf besonderen Unterlagen, mit dem Boden fest verbunden" ständen. Wenn das dahin aufzufassen sein sollte, daß die Schränke in einer dem § 94 Abs. 1 entsprechenden festen Verbindung mit dem Gebäude stehen, so ist nicht recht ersichtlich, warum die Bestandteilseigenschaft der Anlage nicht gem. § 94 Abs. 1 bejaht worden ist. Aber vielleicht will die Entsch. nur sagen, daß die Schränke auf Unterlagen standen, die ihrerseits mit dem Boden fest verbunden waren, ohne daß eine solche Verbindung auch zwischen den Schränken und ihren Unterlagen bestanden hätte.

PrivDoz. Dr. Ernst Cohn, Frankfurt a. M.

fügung in das Hotelgebäude in gewisser Weise ihre Selbständigkeit verloren haben und daß sie der natürlichen Anschauung nach nun als mit dem Gebäude zusammengesetzte Sachen erscheinen. Das schließt aber das Bestehenbleiben des Eigentumsrechts der Kl. an ihnen noch nicht aus. Nur wenn sie „wesentliche Bestandteile“ des Hotelgebäudes geworden sein sollten, wäre das nicht möglich. Die Rev. möchte solche Annahme zunächst aus § 93 BGB. rechtfertigen, weil jedenfalls die Zuleitungsröhren der Kälteanlage bei Entfernung zerstört werden müßten und es bei einheitlicher Anlage genüge, wenn für einen Teil der Gesamtanlage die Voraussetzung des § 93 BGB. vorliege. Bei der Frage der Anwendbarkeit der §§ 93, 94 BGB. kommt es auf wirtschaftliche Betrachtung an; zwar nicht auf die Meinung einzelner Interessentenkreise, wie etwa die der Maschinenfabrikanten einerseits, der Realgläubiger andererseits; wohl aber auf die allgemeine Verkehrsanschauung. Falls eine solche nicht klar und zweifelsfrei vorhanden ist, so ist auf die Meinung abzustellen, die sich ein verständiger und unbefangener Beurteiler auf Grund natürlicher und den allgemeinen wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechender Anschauungsweise bildet. Davon ausgehend, ist dem BG. darin zuzustimmen, daß es auf die Betrachtung der dem Gebäude hinzugefügten Anlage im ganzen ankommt und daß ihr einheitliches Rechtsschicksal beizumessen ist. Bei der Lösung größerer, mit einem Gebäude verbundener Anlagen werden häufig einige weniger bedeutende Teile der Anlage unbrauchbar werden, ohne daß man nach natürlicher Auffassung von einer Zerstörung oder Wesensveränderung der eingefügt gewesenen Sachen im ganzen reden kann. Dieser Umstand rechtfertigt dann noch nicht, die Anlage im ganzen, oder auch nur in den bei Lösung unbrauchbar werdenden, verhältnismäßig unbedeutenden Teilen als unter § 93 BGB. fallend anzusehen. Das BG. hebt mit Recht hervor, daß es sich bei den Kältemaschinen und Kühlschränken um katalogmäßig gehandelte, also nicht gerade diesem Gebäude angepaßten Sachen handelt. Solche Sachen gewinnen nach der Trennung in der Regel ihre alte Eigenart wieder; wie auch das Gebäude durch ihre Entfernung nicht „zerstört“ wird. Deswegen ist dem BG. nicht entgegenzutreten, wenn es eine Anwendung des § 93 BGB. ablehnt.

Für die Frage, ob die Kühlanlage als zur Herstellung des Hotelgebäudes eingefügt anzusehen ist (§ 94 Abs. 2 BGB.), kommt es darauf an, ob dem Gebäude durch die eingefügte Anlage nach den Anschauungen des Verkehrs, bei natürlicher, die Bedürfnisse der Wirtschaft berücksichtigender Auffassung über Wesen, Zweck und Beschaffenheit des Gebäudes ein bestimmtes Gepräge, seine besondere Eigenart gegeben worden ist. Dem BG. ist in der Verneinung dieses zuzustimmen, wenn es auch bedenklich erscheinen könnte, für die Anwendung des § 94 Abs. 2 daraus Schlüsse zu ziehen, daß es sich um katalogmäßig gehandelte Sachen handelt (vgl. JW. 1911, 532 und HöchstRRspr. 1929 Nr. 1298). Aber im Ergebnis entspricht die Auffassung des BG. vernünftiger, die Bedürfnisse des Wirtschaftsverkehrs berücksichtigender Anschauung, wie sie zur Zeit besteht. Allerdings ist für den Betrieb des Hotels irgendeine Kühlanlage notwendig. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß sie, wenn so eingefügt wie in diesem Fall, auch zum Hotelgebäude gehöre, daß dieses erst durch das Hinzukommen der Anlage zu einem neuzeitlichen Hotelgebäude geworden sei. Im Wirtschaftsverkehr herrscht nicht die Auffassung, daß der Ersteher solchen Hotelgrundstücks in der Zwangsversteigerung ohne eingefügte Kühlanlage irgendwelcher Art nur ein Bruchstück eines neuzeitlichen Hotelgebäudes bekomme, daß ein für die Würdigung als Hotelgebäude wesentlicher Teil fehle. In der Richtung konnte das BG. den Umstand zwar nicht ausschlaggebend sein lassen, aber doch mitverwerten, daß einwandfreie Kühlung auch durch Einrichtungsstücke zu bewirken ist, die zweifellos bewegliche Sachen bleiben, wie Eisschränke und Frigidäre. Auch konnte dem Umstande, daß die Kühleinrichtung für die Hotelbesucher nicht in die Erscheinung tritt, eine gewisse Bedeutung für die Folgerung beigemessen werden, es habe sich bisher keine allgemeine Verkehrsanschauung dahin gebildet, daß eine dem Gebäude eingefügte maschinelle Kühlanlage zum Wesen eines neuzeitlichen Ansprüchen entsprechenden Hotelgebäudes gehöre.

(U. v. 2. Dez. 1931; 183/31 V. — Hamburg.) [Sch.]

4. §§ 133, 157, 242 BGB.

1. Ausgleichsanspruch und ergänzende Vertragsauslegung.

2. Keine Zubilligung des Ausgleichsanspruchs an den Aufwertungsschuldner, wenn diesem durch die nachträgliche Aufwertung lediglich ein Inflationsgewinn geschmälert wird.

Auf dem Grundstück M. in B. standen für die Kl. im Grundbuch von B. insgesamt zehn Vorkriegsdarlehnshypotheken. Dieses Grundstück erwarben die Eheleute K. gemäß Kaufvertr. v. 7. Dez. 1922 zum Kaufpreise von 3 Millionen Mark unter Übernahme jener Hypotheken, die von der Gläubigerin genehmigt wurde. Im April 1923 zahlten sie die Hypotheken aus und diese wurden daraufhin am 9. Juni 1923 gelöscht. Gemäß Vertr. v. 27. Febr. 1925 verkauften sie sodann das Grundstück an die Bekl. lastenfrei gegen einen Kaufpreis von 42000 ℳ und Übernahme sämtlicher Kosten und Steuern, auch der Wertzuwachssteuer, durch die Bekl. Diese wurde auf Grund der gleichzeitig erklärten Auflassung als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen und ist noch heute Eigentümerin des Grundstücks. Ende 1925 meldete die Kl. ihre persönliche Forderung gegen die Eheleute K. zur Aufwertung kraft Rückwirkung an. Die Eheleute K. erhoben keinen Einspruch in der nach § 16 AufwG. vorgesehenen Frist. Am 12. Juni 1930 erwirkte sodann die Kl. gegen die Eheleute K. wegen der Aufwertungsforderung den dinglichen Arrest; gleichzeitig ließ sie auf Grund dieses Arrestes den Ausgleichsanspruch pfänden, den nach ihrer Behauptung jene gegen die Bekl. haben. Eine dingliche Aufw. kommt nicht in Frage, da der Bekl. der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zur Seite steht. Mit der Klage begehrt die Kl. Verurteilung der Bekl. zur Hinterlegung von 15000 ℳ für Rechnung der Kl. und der Eheleute K. spätestens zum 1. Jan. 1932. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen.

Das KG. kommt zu dem Ergebnis, daß nach den besonderen Verhältnissen der Veräußerung die Leistung auch nur irgendeines Beitrags durch die Bekl. nicht gerechtfertigt sei. Es nimmt zwar an, daß die unvorhergesehene AufwBelastung der Eheleute K. eine Verschiebung der Geschäftsgrundlage zu deren Ungunsten bewirkt habe, da sich durch die nachträgliche Erhöhung der ihnen obliegenden Leistung das beim VertrSchluß als ausgeglichen angesehene Leistungsverhältnis verändert habe. Es ist aber der Meinung, diese Veränderung sei nach den besonderen Umständen des Falles nicht so erheblich, daß sie eine Beteiligung der Bekl. an der Tragung der nachträglichen AufwBelastung der Eheleute K. zu rechtfertigen vermöge. Bei Annahme eines Jetztwertes von 116000 ℳ für das Grundstück im Zustand zur Zeit des Erwerbs der Bekl. würde diese allerdings bei Berücksichtigung ihrer Erwerbskosten mit nur 57000 ℳ (42000 ℳ Kaufpreis und 15000 ℳ Wertzuwachssteuer) einen Gewinn von etwa 100% ihres Einstandpreises haben. Dieser Gewinn wäre aber nach der eigenen Darstellung der Kl., nach der der Wert des Grundstücks bei VertrSchluß bereits etwa 80000 ℳ betragen habe, zu etwa 40% nicht nachträglich eingetreten, sondern bereits durch den Abschluß des Geschäfts gegeben, demnach Geschäftsgrundlage gewesen. Die Eheleute K. hätten demgegenüber das Grundstück im Dezember 1922 für etwa 1555,55 GM. erworben und es alsdann veräußert mit einem Reinerlös von 42000 ℳ, also dem 25fachen Betrag ihres Einstandpreises. Die Tilgung ihrer AufwSchuld würde allerdings diesen Reinerlös um etwa 35000 ℳ auf etwa 7000 ℳ verringern. Aber auch dann verbliebe ihnen noch ein Reingewinn von 5400 ℳ, also etwa das 3½fache ihres Einstandpreises. Ob sie bei Ankauf eines anderen Berliner Grundstücks einen ähnlich hohen Gewinn erzielt haben würden, sei unerheblich; denn dadurch würde ihr Gewinn aus dem Erwerb und der Veräußerung des Grundstücks nicht geringer. Demnach müßten die Eheleute K. sich zwar, wenn sie tatsächlich zur vollen Tilgung der AufwSchuld sich entschließen oder gezwungen würden, ihren jetzt übermäßig großen Gewinn schmälern lassen. Sie würden aber immer noch mit Gewinn abschneiden und könnten nicht erwarten, daß diejenigen, die bei Realisierung ihres Gewinns ihre VertrGegner gewesen seien, dazu beitrügen, ihnen den übermäßigen Gewinn ganz oder z. T. zu erhalten.

Unbegründet ist zunächst der Angriff der Rev., der sich darauf stützt, das BG. habe nicht beachtet das Vorbringen der Kl. darüber, was die VertrParteien vereinbart haben würden, wenn sie die spätere Einwirkung der rückwirkenden Aufw. und ihr Maß gekannt und berücksichtigt hätten. Falls es die Meinung der Rev. sein sollte, daß es sich auch bei diesem Vorbringen um die Grundlagen eines Anspruchs aus § 242 BGB. handelt, würde diese Meinung rechtsirrig sein. Vielmehr kommt insoweit ein aus — ergänzender — VertrAuslegung (§§ 133, 157 BGB.) herzuleitender VertrAnspruch in Betracht. Ein solcher Anspruch ist rechtlich jedoch nicht identisch mit dem in der Rspr. des RG. nur aus § 242 BGB. und nicht aus VertrAuslegung abgeleiteten Ausgleichsanspruch. Jeder von ihnen stellt einen rechtlich selbständigen Klagegrund dar (RG.: AufwRspr. 1931 Nr. 156 A S. 429); beide Ansprüche schließen sich auch gegenseitig aus. Sie können nicht unbeschränkt, sondern nur hilfsweise nebeneinander erhoben werden. Das würde vorliegend von ausschlaggebender Bedeutung sein, selbst wenn die Kl. ihren Anspruch auch auf ergänzende VertrAuslegung gestützt hätte. Denn die Kl. ist nicht unmittelbare VertrGegnerin und Gläubigerin der Bekl., sondern macht ihre Rechte lediglich im Rahmen ihres Pfändungspfandrechts geltend; der Gegenstand dieses Pfändungspfandrechts aber ist ausschließlich der auf § 242 BGB. gestützte Ausgleichsanspruch der Eheleute K. Sollte dagegen die Rev. meinen, derartige Erwägungen, wie sie bei ergänzender VertrAuslegung anzustellen sein würden, müßten auch bei der Prüfung einer ausdrücklich als Ausgleichsanspruch erhobenen Klageforderung angestellt werden, so kann ihr in dieser Allgemeinheit jedenfalls nicht zugestimmt werden. Es mag denkbar sein, daß im einzelnen Falle das im Wege ergänzender VertrAuslegung gewonnene Ergebnis mit dem auf dem Wege des Ausgleichsanspruchs zu erzielenden Ergebnis übereinstimmen oder ihm nahekommen würde; daß insbes. in einem solchen Falle auch der ergänzte Vertragswille mit auf dem den Ausgleichsanspruch beherrschenden Grundsatz des § 242 BGB. aufgebaut sein würde. Das läßt sich aber nicht dahin verallgemeinern, die Erfüllung der dem Richter bei der Entsch. über einen Ausgleichsanspruch obliegenden Aufgabe setze voraus, daß er sich auch Rechenschaft ablege über den etwa durch ergänzende VertrAuslegung erkennbaren mutmaßlichen Willen der Parteien. Denn einmal ist der Ausgleichsanspruch der Hauptsache nach nicht von subjektiven Erwägungen der Parteien abhängig, sondern nach objektiven Merkmalen zu beurteilen, zum andern aber betrifft er nicht einen nach dem Willen der VertrParteien begründeten Anspruch, sondern eine Mehrleistungspflicht des Ausgleichsschuldners gegenüber den vertraglich festgelegten Leistungen (RG.: AufwRspr. 1931 Nr. 21 S. 66 mit weiteren Nachweisen).

Die Rev. meint weiterhin, das KG. habe nicht entsprechend gewürdigt, daß die Frage, ob die Geschäftsgrundlage in dem erforderlichen Maße erschüttert ist, nur aus dem Vertr. selbst gelöst werden könne, in ihm aber hätten die Verkäufer deutlich zum Ausdruck gebracht, daß ihnen der vereinbarte Kaufpreis von 42 000 ℳ ohne jeden Abzug bleiben solle, deshalb hätte die Bekl. sogar die an sich den Verkäufer treffenden Kosten und Steuern übernehmen müssen. Auch dies kann ihr nicht zum Erfolge verhelfen. Daß die Frage, ob die Geschäftsgrundlage durch die Wirkungen der späteren AufwGesetzgebung eine Veränderung erfahren hat, in erster Linie aus dem Vertr. selbst durch Vergleichung der darin festgesetzten beiderseitigen Leistungen mit den sich nach der AufwGesetzgebung ergebenden veränderten Leistungen beantwortet werden muß, hat das KG. richtig erkannt. Das ist der Ausgangspunkt seiner gesamten Erwägungen. Dabei unterstellt es auch weiterhin ausdrücklich, daß die Verkäufer K. den vereinbarten Kaufpreis von 42 000 ℳ als Gegenleistung der Bekl. ungeschmälert behalten wollten. Wenn das KG. es ablehnt, aus der danach infolge des Eingreifens der AufwGesetzgebung unzweifelhaft gegebenen, von ihm auch festgestellten Verschiebung der Geschäftsgrundlage rein mechanisch einen Ausgleichsanspruch der Verkäufer abzuleiten, sondern weiterhin prüft, ob diese Verschiebung nach den besonderen Umständen des Falles die Zubilligung eines Ausgleichsanspruchs gebiete oder ausschließt, so ist das nur zu billigen. Denn nach der feststehenden Rspr. des RG. genügt nicht schon die Tatsache einer Verschiebung der Geschäftsgrundlage an sich für das Bestehen eines Ausgleichsanspruchs, vielmehr muß es sich um eine solche Erschütterung der Geschäftsgrundlage handeln, daß es gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB.) verstoßen würde, wenn der Käufer den Verkäufer an dem durch die Wirkungen der AufwGesetzgebung überholten Vertr. hinsichtlich der vereinbarten Lastenfreiheit des Grundstücks festhalten würde (vgl. u. a. RG. 130, 115[1]); ferner bes. AufwRspr. 1929 Nr. 187 S. 439/442). Diese Rechtslage hat das KG. zutreffend erkannt. Die Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 242 BGB. im einzelnen Falle zugunsten des mit einer nachträglichen AufwSchuld belasteten Verkäufers erfüllt sind, unterliegt der Nachprüfung durch das RevG. nur nach der Richtung, ob sie von Rechtsirrtum beeinflußt ist. Daß dies bei der angef. Entsch. zutrifft, ist der Rev. nicht zuzugeben.

Das Urt. des BG. wird getragen von der Feststellung, daß die Verkäufer auch bei Berücksichtigung der AufwBelastung in der vollen Höhe von 35 000 ℳ noch keinen Verlust aus dem An- und Verkauf des Grundstücks erleiden, sondern auch dann noch mit einem, wenn auch an sich nicht hohen Gewinn abschneiden, der seine Wurzel in der Ausnutzung der Inflationsverhältnisse hat, und daß es nicht Sinn und Zweck des Ausgleichsanspruchs ist, einen Inflationsgewinn, der ohne Hinzutreten der nachträglichen AufwBelastung übermäßig hoch war, dem Verkäufer ganz oder teilweise zu erhalten. Diese Erwägung kann als rechtsirrig nicht bezeichnet werden. Sie entspricht vielmehr der Rspr. des RG., insbes. des erk. Sen., der einen gleichen Standpunkt in der Entsch. v. 27. April 1931, VI 568/30, eingenommen und auch in AufwRspr. 1931 S. 429 Nr. 156 A in einem Falle, in dem beide VertrParteien durch Grundstücksgeschäfte Inflationsgewinne gemacht hatten, ausgesprochen hat, der Ausgleichsanspruch sei nicht dazu geschaffen, ihnen zu einer vermeintlich angemesseneren Verteilung dieser Gewinne zu verhelfen. Damit fällt auch schon die weitere Erwägung der Rev., die darauf abgestellt ist, daß eine Aufw. dann zugebilligt zu werden pflege, wenn der Wert der Leistung des Käufers nur etwa $^1/_8$ oder $^1/_{30}$ desjenigen Anspruchs betrage, den er tilgen solle. Eine Minderung der Leistung des Bekl. liegt einmal überhaupt nicht vor. Zum andern aber richtet sich der Ausgleichsanspruch nach anderen Voraussetzungen wie der AufwAnspruch.

(U. v. 30. Nov. 1931; 344/31 VI. — Berlin.) [Ku.]

<= RG. 134, 250.>

5. §§ 171, 172 BGB. **Wenn jemand, der eine schriftliche Generalvollmacht ausgestellt hat, dem Beauftragten schreibt, daß er die Generalvollmacht zurückverlange, er aber das Schriftstück weiterhin in dessen Händen beläßt, so kann jene Erklärung u. U. dahin verstanden werden, daß er die Vollmacht nicht schon in diesem Schreiben widerrufen, sondern den Widerruf mit dem auch körperlichen Entzuge der Vollmachtsurkunde zusammenfallen lassen wollte.**

Der damalige Rentmeister E. der bekl. Brauerei übernahm für diese nach der Urkunde v. 1. Juli und 19. Nov. 1929 die selbstschuldnerische Bürgschaft zugunsten der Kl. für deren Forderungen gegen den Gasthofbesitzer L. von 7000 und 2000, insgesamt 9000 ℳ.

Mit Schreiben v. 2. Juli 1930 zur Zahlung aufgefordert, bestritt die Bekl. jede Verpflichtung aus diesen, angeblich ohne ihr Wissen abgegebenen Bürgschaftserklärungen des am 20. Juli 1930 wegen Untreue entlassenen E. Sie hatte ihm am 23. Febr. 1926 allerdings allgemeine Vollmacht erteilt, derzufolge E. insbes. ermächtigt sein sollte, für sie Verbindlichkeiten zu übernehmen und zu erfüllen. Sie berief sich aber darauf, sie habe diese Vollmacht dem E. gegenüber mit Schreiben v. 22. Juli 1928, also vor Eingehung der Bürgschaftsverpflichtungen, widerrufen und zurückverlangt. Zurückgegeben hat E. die Vollmachtsurkunde erst bei seiner Entlassung im Juli 1930. Am 5. Juli 1930 machte die Bekl. in der Zeitung bekannt, daß die Führung ihres Rentamts

[1]) JW. 1931, 1027.

auf einen neuen Rentmeister übergehe und daß damit jegliche Vollmacht des bisherigen erlösche.

Alle Instanzen haben verurteilt.

Die dem E. am 23. Febr. 1926 allgemein erteilte Vollmacht war weder öffentlich bekannt gemacht noch der Kl. besonders mitgeteilt noch auch dieser von E., als er sich verbürgte, vorgelegt worden. Die Voraussetzungen der §§ 171, 172 BGB. sind nicht gegeben. Das BG. hat deshalb seine Entsch. darauf abgestellt, ob diese allgemeine Vollmacht des E., als er die Bürgschaftserklärung abgab, nicht doch noch fortbestand, ob die Bekl. die Bürgschaft nicht wenigstens nachträglich genehmigt hat und ob nicht zum mindesten aus ihrem Verhalten gegenüber der Kl. nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu folgern ist, daß sie mit den Bürgschaftserklärungen ihres Rentmeisters einverstanden war. Das BG. hat auf Grund des Ergebnisses der Verhandlungen, des ihr vorgelegten Urkundenstoffes und der sonstigen Beweiserhebung alles dies bejaht. Die Bekl. hatte von Anfang an besonderes Gewicht darauf gelegt, daß sie die dem E. erteilte Vollmacht diesem gegenüber mit Schreiben v. 22. Juli 1928 widerrufen habe. In diesem Schreiben beschwerte sich die Bekl. unter Bezugnahme auf schädliche und beunruhigende Gerüchte bei E. darüber, daß das Ergebnis seiner Verwaltung nicht befriedige, daß es aber auch unmöglich sei, in die Geschäfts- und Buchführung des E., der die Verwaltung mit einer einzig dastehenden Selbständigkeit geführt habe, Einblick zu bekommen. Sie beabsichtige, eine Treuhandgesellschaft mit einer durchgreifenden Prüfung zu beauftragen, es müsse endlich klarer Tisch gemacht werden. Nach Rückkehr von ihrer Reise solle die Sache weiter besprochen werden, E. habe bis dahin Zeit zur Überlegung. Es heißt dann u. a. noch: „Sie dürfen es auch nicht als Mißtrauensvotum auffassen, wenn ich bei dieser Gelegenheit die Generalvollmacht zurückverlange." Das BG. entnimmt diesem Schreiben als den Willen der Inhaberin der Bekl., daß damit „die Forderung der Rückgabe der Vollmachtsurkunde mit dem Vollmachtswiderruf gleichgesetzt" werden sollte, das heißt also, daß die Bekl. die Vollmacht nicht schon in diesem Schreiben widerrufen, sondern den Widerruf mit dem auch körperlichen Entzuge der Vollmachtsurkunde zusammenfallen lassen wollte. Das BG. hat so das den Willen der Bekl. bekundende Schreiben nach rechtsirrtumsfreier richterlicher Überzeugung ausgelegt. Diese Auslegung verstößt weder gegen gesetzliche Auslegungsregeln noch ist sie unmöglich. Sie wird überdies durch andere Tatsachen gestützt, die das BG. gleichfalls bindend festgestellt hat. Die Bekl. hat nämlich in der Folge bis zur Entlassung des E. nicht auf Rückgabe der Urkunde bestanden und hat damit nach Ansicht des BG. vom Vollmachtswiderruf abgesehen. Dies tat sie, trotzdem E. sie von der ersten Bürgschaft in der Zeit zwischen der ersten und zweiten, und von der zweiten Bürgschaft kurze Zeit nach dieser verständigte. Das BG. stellt zudem fest, daß bei diesen Mitteilungen dem E. ein Vollmachtswiderruf nicht entgegengehalten, überhaupt seine Vollmacht nicht beanstandet und damit seine Bürgschaftserklärung genehmigt worden ist. Die Bekl. hat aber auch weiterhin der Sache ihren Lauf gelassen. Sie hat auch jetzt die Vollmachtsurkunde und damit nach der Auffassung des BG. die Vollmacht dem E. belassen, sie hat endlich auch der Kl. gegenüber ihren Willen, aus der Bürgschaft nicht haften zu wollen, monatelang nicht kundgetan und eine Verpflichtung aus der Bürgschaft erst abgelehnt, nachdem sie im Juli 1930 zur Zahlung aufgefordert worden war. Es ist wohl richtig, daß E. am 19. Juli 1930, also am Tage vor seiner Entlassung, schriftlich erklärt hat, bei Eingehung der Bürgschaft habe er Vollmacht nicht mehr gehabt, diese sei damals schon zurückgezogen gewesen. Das BG. legt dieser Erklärung mit Rücksicht auf die Aufregung und Not, in der E. sich damals befand, keine Beweiskraft bei. Daß E. die Erklärung abgegeben hat, wird vom BG. nicht bezweifelt. Im übrigen liegt die Erkenntnis des BG. im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet und ist einer Nachprüfung in der RevInst. insbes. nach der Richtung entzogen, ob das BG. das Beweisergebnis in jeder Richtung zutreffend gewürdigt hat. Daß E. den Verzicht auf den Widerruf der Vollmacht ausdrücklich annahm, war nicht nötig. Es genügte, daß das BG. nach dem Willen der Bekl. und dem Verhalten des E. den Fortbestand der Vollmacht als feststehend erachtete. Damit erübrigt sich die Prüfung der rechtlichen Gesichtspunkte, unter denen das BG. das spätere Verhalten der Bekl. zugunsten der Kl. betrachtet hat, und der Rügen, die die Rev. gegen diese Beurteilung erhebt.

(U. v. 25. Jan. 1932; 555/31 VIII. — Stuttgart.) [H.]

6. § 326 BGB.

1. Wenn der Grundstückseigentümer, dem gegen einen anderen ein Anspruch darauf zusteht, daß dieser eine das Grundstück belastende Grundschuld zur Löschung bringe, nach Setzung einer Frist nach § 326 BGB. gegen den anderen auf Zahlung des zur Ablösung der Grundschuld erforderlichen Betrages an sich selbst klagt, damit er auf diese Weise die Grundschuld selbst ablösen könne, so macht er mit der Klage nicht jenen Anspruch, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend.

2. Hat jemand in einem Vergleich übernommen, eine Grundschuld abzulösen, und stellt er sich gegenüber einer Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf den Standpunkt, es fehle an einem der Last entsprechenden Grundstückswert, so ist es seine Sache, diesen Standpunkt zu belegen.

3. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Unterlassung der Ablösung der Grundschuld wird nicht durch den gegenwärtigen Verkaufswert oder den zu veranschlagenden Steigerungserlös des Grundstückes bestimmt, es ist vielmehr die Gesamtheit der Vermögensinteressen an dem Fortfall der Belastung heranzuziehen.

Der Kl. hat i. J. 1923 ein damals in seinem Eigentum stehendes Grundstück in B. an die zu 3 bekl. Gesellschaft, an der der Bekl. zu 1 wesentl. beteiligt war, verkauft und aufgelassen. Die daraufhin als Eigentümerin eingetragene Bekl. zu 3 hat das Grundstück mit einer Grundschuld (zunächst Hypothek) von 36 000 GM. belastet. Der Kl. hat in einem früheren Rechtsstreit Unwirksamkeit von Kaufvertrag und Eigentumsübergang gegen die Bekl. zu 3 geltend gemacht und unter anderem Befreiung von jener Grundstückslast verlangt. Ferner hat der Kl. die Erlassung des dinglichen Arrests in Höhe von 36 000 GM. gegen den Bekl. zu 1 beantragt, dem nach seiner Behauptung der Gegenwert der Belastung zugeflossen ist. In diesem Verf. kam es am 26. Febr. 1929 zu einem Vergleich. Darin erkennt die in dem Verf. vertretene Bekl. zu 3 an, daß der Kaufvertrag nichtig und der Kl. noch Grundstückseigentümer sei. Hinsichtlich der in Abt. 3 Nr. 9 eingetragenen Grundschuld von 36 000 GM. verpflichteten sich die Bekl. zu 1 und 3 dahin: „die restlichen 24 000 GM. bis spätestens zum 1. Okt. 1929 zur Löschung zu bringen. Die Gesellschaft (Bekl. zu 3) und der Antragsgegner stehen dafür ein, daß die Grundschuld in Höhe von 12 000 GM. zu den bisherigen Bedingungen und zu 8% verzinslich bis zum 1. April 1934 stehen bleibt, daß ferner eine Verzinsung des zu löschenden Restbetrages bis zur Löschung seitens des Antragstellers nicht zu erfolgen hat".

Nach Ziff. 5 des Vertrages übernimmt dann namens der jetzt zu 2 bekl. Ehefrau RA. G. für alle der Gesellschaft und dem Antragsgegner aus diesem Vergleich sich ergebenden Verpflichtungen die selbstschuldnerische Bürgschaft.

In Verfolg dieses Vergleichs ist der Kl. am 21. März 1930 wieder als Eigentümer des Grundstücks eingetragen worden. Dagegen ist die Grundschuld in ihren letztrangigen 24 000 GM. nicht zur Löschung gebracht worden. Zur Durchführung dieses Anspruchs hat der Kl. sich einmal an das LG. mit dem Antrage gem. § 887 ZPO. gewendet, ihn zu ermächtigen, die Löschung der 24 000 GM. auf Kosten der Bekl. zu 1—3 vornehmen zu lassen und diese Bekl. zur Vorauszahlung von 24 000 GM. und 1000 RM Kosten zu verurteilen.

Diesen Antrag hat das LG. durch Beschl. v. 3. Dez. 1929 zurückgewiesen, weil der Vergleich gegen die Bekl. zu 2 und 3 als am Arrestverfahren Unbeteiligte keinen vollstreckbaren Titel darstelle, im übrigen, weil keine vertretbare Handlung in Frage stehe.

Durch Schreiben v. 4. Okt. 1929 hat der ProzBev. des Kl. den Bekl. zu 1 und 3 eine Frist bis zum 8. Okt. 1929 gesetzt und erklärt, daß der Kl. „nach Ablauf dieser Frist statt der Befreiung von dieser Grundschuld aus dem Rechtsgrund des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung des Vertrags die Zahlung des Betrages von 24000 GM. fordert, um die Abfindung des HypGläub. selbst vorzunehmen". Nachdem diese Frist fruchtlos abgelaufen war, hat der Kl. gegen alle drei Bekl., gegen die Bekl. zu 2 als selbstschuldnerische Bürgin, Klage auf gesamtschuldnerische Zahlung von 26020 Reichsmark nebst Zinsen erhoben, verlangt. In Begründung dieses Anspruchs hat er geltend gemacht, daß der gegenwärtige Gläubiger der Grundschuld, L., nach einem Schreiben v. 18. Dez. 1929 für Aufgabe der gesamten Grundschuld 32500 RM und auf rückständige Zinsen eine Entschädigung von 3000 RM fordere, also abzüglich der stehenbleibenden 12000 RM 23500 RM. Ferner habe der Kl. von den Bekl. die Rückerstattung der von dem Zwangsverwalter auf die Zinsen der Grundschuld geleisteten Zahlungen von 2520 RM zu fordern, insgesamt also 26020 RM.

LG. und OLG. haben abgewiesen, RG. hat aufgehoben.

Das LG. hatte durch Beschl. v. 21. März 1930 die Erhebung eines Sachverständigenbeweises über den Verkaufswert und den voraussichtl. Versteigerungserlös für den 1. Okt. 1929 als Stichtag in Aussicht genommen und hatte beiden Parteien aufgegeben, Unterlagen in Aufstellungen und Urkunden zum Zweck der Bewertung beizubringen. Diese Auflage hat keine Partei erfüllt. In der VerBegr. v. 11. Juni 1930 hatte sich der Kl. erboten, die verlangten Urkunden einzureichen, falls das KG. darauf Wert lege. Der BerR. hält diese Beweisführung für wesentlich, wenn ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erhoben sei. Ein solcher fordere gegenüber der Behauptung der Bekl., die Grundschuld sei wertlos, von dem Kl. die Darlegung seines Schadens und damit der Wertverhältnisse. Eine erneute Auflage in diesem Sinn zu machen, erübrige sich, weil der Kl., nach seinem Vorbringen auch im zweiten Rechtszug, in Wahrheit nicht einen Schadensersatzanspruch, sondern den ihm nicht mehr zustehenden Anspruch auf Erfüllung des Vergleichs verfolge. — Schon diese Rechtsauffassung, die den BerR. von der Ausübung des Fragerechts abgehalten hat, unterliegt Bedenken. Die in dem Vergleich zugesagte Leistung sollte darin bestehen, daß die Bekl. zu 1 und 3 die Befreiung des Grundstücks durch Abfindung des Gläubigers herbeiführten. Will der Kl., indem er die Zahlung der Summe verlangt, die der Grundschuldgläubiger von ihm als Entgelt der Löschung fordert, seinerseits denselben Erfolg bewirken (im Antrag kommt dieser Wille nicht einmal zum Ausdruck), so geht er nicht auf Erfüllung, sondern auf Schadensersatz i. S. von § 249 BGB. aus. In der Beurteilung, ob die Fristsetzung des Schreibens v. 4. Okt. 1929 den Erfolg des § 326 BGB., die Ausschließung des Erfüllungsanspruchs gezeitigt habe, unterstellt das auch der BerR. Denn, wäre die Androhung jenes Schreibens, Zahlung von 24000 RM „zwecks Abfindung des HypGläub." zu verlangen, die Ankündigung des Erfüllungsverlangens und nicht, worauf es nach § 326 BGB. ankommt, die Ablehnung der Erfüllungsannahme, so wäre die Frist fruchtlos gesetzt.

Diesem Schadensersatzanspruch aus § 326 BGB. entspricht es, daß das Wirtschaftsinteresse des Kl. an der Abfindung der Grundschuld den Inhalt des Anspruchs bestimmt und begrenzt. Der Kl. kann also, wie der BerR. mit Recht annimmt, nicht eine Zahlung in Anspruch nehmen, die sich nach dem Kapital und Zinsbetrag der Grundschuld bemißt. Auch die Summe, die der Gläub. als Entgelt für Aufgabe der streitigen Post beansprucht, ist nicht maßgebend, sofern erhellt, daß der Fortfall der Schuld für den Eigentümer keinen Wertzuwachs bedeuten würde. Dem BerR. ist aber nicht darin zu folgen, daß der Kl. zur Begr. seines Schadensersatzanspruchs darlegen und beweisen muß, in welchem Maße die Grundschuld durch den Grundstückswert gedeckt ist. Wenn die Bekl. zu 1 und 3 in dem Vergleich ohne Einschränkung übernommen haben, die Grundschuld abzulösen, also die von dem Gläub. mit Recht geforderten Summen an diesen zu zahlen, so sind die Parteien des Vergleichs davon ausgegangen, daß das Bestehen der Last den Grundstückswert zuungunsten des Eigentümers mindert. Vertreten die Bekl. jetzt den Standpunkt, es fehle an einem der Last entsprechenden Grundstückswert, so ist es ihre Sache, diesen Standpunkt zu belegen. Aus der Erklärungspflicht des § 138 ZPO. ergibt sich freilich auch die Verpflichtung des Kl. zur Aufklärung der Wertverhältnisse beizutragen.

Mit Recht betont schließlich die Rev., daß der BerR. das Wirtschaftsinteresse des Kl. an der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit zur Schuldbefreiung zu gering bemißt, wenn er mit dem LG. lediglich den gegenwärtig bestehenden Verkaufswert oder gar den zu veranschlagenden Steigerungserlös des Grundstücks mit der Belastung vergleicht. Der Kl. hat auch ein zu beachtendes wirtschaftl. Interesse daran, das Grundstück bis zu einer Besserung der Wirtschaftslage zu halten. Das Fortbestehen der Last, die nach dem unstreitigen Sachverhalt gekündigt ist, kann zur Versteigerung des Grundstücks in einem ungünstigen Zeitpunkt und damit zu einem Wertverlust für den Kl. führen. Die Rev. hebt insoweit mit Recht hervor, daß in Ziff. 2 des Vergleichs in Zusammenhang mit der Befreiungspflicht von den Bekl. zu 1 und 3 auch die Pflicht übernommen worden ist, die Aufhebung der damals schwebenden Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung herbeizuführen. Die Gesamtheit der Vermögensinteressen des Kl. an dem Fortfall der Belastung ist also heranzuziehen, um notfalls im Wege des § 287 ZPO. zu befinden, ob dem Kl. ein Schaden entstanden ist.

Soweit der Klagebetrag Zinsansprüche umfaßt, trifft die Erwägung des BerR. nicht zu, die Bekl. zu 1 und 3 seien nach dem Vergleich nur verpflichtet, die Hyp. bis zum 1. Okt. 1929 löschen zu lassen, also könnten sie nicht verbunden sein, den Zinsanspruch des Gläub. L. abzufinden, soweit er Zinsen für eine vor dem 1. Okt. 1929 liegende Zeit umfaßt. Der Kl. erhebt aber den von L. angesetzten Zinsanspruch nicht als eigenen, sondern macht geltend, daß mit von der Befriedigung dieses Zinsanspruchs der Gläub. die Löschung des streitigen Grundschuldbetrags abhängig macht. Insofern hängt auch die Entsch. zu diesem Teil des Anspruchs von der Beurteilung ab, ob das wirtschaftl. Interesse des Kl. an der Befreiung des Grundstücks von der Schuld deshalb entfällt, weil ohne diese Belastung der Kl. in keiner anderen wirtschaftl. Lage wäre. Diese Frage bedarf unter den hervorgehobenen Gesichtspunkten erneuter Prüfung.

(U. v. 2. Nov. 1931; 160/31 VIII. — Berlin.) [H.]

7. §§ 326, 985, 986 BGB.

1. Kann zwar die bei Setzung der Nachfrist aus § 326 BGB. oder nach ihrem fruchtlosen Ablauf abgegebene Erklärung des vertragstreuen Teiles, er trete vom Vertrag zurück und verlange Schadensersatz wegen Nichterfüllung, dahin aufgefaßt werden, daß er die Leistung des Schuldners ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordere, so muß doch eine solche Auslegung jedenfalls dann als ausgeschlossen gelten, wenn der Gläubiger durch seinen rechtskundigen Vertreter ausschließlich seinen Rücktritt vom Vertrage erklärt.

2. Der Übergang vom Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zum Rücktritt vom Vertrage ist möglich.

3. Rücktritt und Schadensersatz schließen sich begriffsmäßig gegenseitig aus.

4. Dem auf § 985 gestützten Herausgabeanspruch kann, nachdem im Verfolg der Fristsetzung nach § 326 BGB. der Erfüllungsanspruch aus dem Kaufvertrag weggefallen ist, dieser nicht mehr unter Berufung auf § 986 entgegengehalten werden.

5. Als Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. kann der Kaufgegenstand nicht herausverlangt werden; ein solches Verlangen — von § 326 aus betrachtet — ist nur auf Grund des Rücktritts vom Vertrage möglich.†)

Durch notariellen Vertrag v. 7. Juli 1925 verkauften

Zu 7. Daß Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung

die Kl. an die Bekl. Grundstücke in St. für 16 125 GM. Die Bekl. haben auf den Kaufpreis 8000 ℳ angezahlt und im Betrage von 5125 ℳ eine AufwHypothek übernommen. Die restlichen 3000 ℳ sollten gestundet und mit 6% verzinst werden; ihre Kündigung sollte bis zum 1. Juli 1930 ausgeschlossen sein, wenn die Zinsen spätestens acht Tage nach Fälligkeit gezahlt wurden. Neben dem Kaufpreis übernahmen die Käufer das im Grundbuch eingetragene Ausgedinge der Eheleute S., dessen Jahreswert mit 500 GM. angenommen wurde.

Das Grundstück ist den Bekl. übergeben worden. Die Auflassung unterblieb, da die Grunderwerbsteuer nicht vollständig von ihnen bezahlt wurde. Mit Schreiben v. 21. Jan. 1928 kündigten die Kl. ihnen das Restkaufgeld von 3000 ℳ wegen unterbliebener Zahlung der am 7. Jan. 1928 fälligen Zinsen. Am 6. Febr. 1929 setzten die Kl. den Bekl. zur Zahlung des Restkaufgeldes sowie von 300 ℳ Zinsen der übernommenen Hypothek und zur Entgegennahme der Auflassung Zug um Zug gegen Zahlung dieser Beträge eine Frist bis zum 18. Febr. 1929 mit der Erklärung, daß sie nach deren ergebnislosem Ablauf von dem Kaufvertrage zurücktreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern würden. Da die Bekl. nicht zahlten, erklärten die Kl. mit Schreiben v. 25. Febr. 1929, daß sie nunmehr von dem Kaufvertrage zurückträten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung forderten. Gleichzeitig forderten sie die Bekl. auf, das Grundstück bis zum 28. Febr. 1929 zu räumen. Die Bekl. erwiderten unter dem 27. Febr. 1929, daß sie das Grundstück nur dann räumen würden, wenn die Kl. ihnen die angezahlten 8000 ℳ zurückgäben und vollen Schadensersatz leisteten. Am 4. Juni 1929 wurde durch EinstwVerf. die Sequestration der Grundstücke angeordnet und am 12. Juni 1929 ausgeführt.

Nachdem auf die Räumungsklage die Bekl. durch VersUrt. verurteilt worden sind und die Kl. sodann erklärt hatten, daß sie die Räumung der Grundstücke auf Grund ihres Rücktritts vom Vertrage forderten (s. Schriftsatz v. 18. Dez. 1929), hat das LG. die Bekl. zur Räumung gegen Zahlung von 6892,50 ℳ, das OLG. sie aber zur uneingeschränkten Räumung verurteilt. RG. hat zurückverwiesen.

Das BG. führt aus: Da die Bekl. die im Jan. 1928 fällige Zinszahlung auf die gestundeten 3000 ℳ nicht bewiesen hätten, so hätten die Kl. mit Recht das Restkaufgeld zur Auszahlung mit einhalbjähriger Frist im Jan. 1928 gekündigt, und da die Bekl. auf die am 6. Febr. 1929 gemäß § 326 BGB. gestellte Nachfrist die fälligen Zahlungen nicht geleistet hätten, mit Recht Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert. Wenn die Kl. zwar im Schriftsatz v. 18. Dez. 1929 hervorgehoben hätten, daß die Räumung auf Grund des Rücktritts verlangt werde, so handle es sich nur um eine verfehlte rechtliche Begründung ihres Anspruchs, nicht um eine Wandelung in den von ihnen ausgeübten Rechten. Demzufolge seien die Kl. berechtigt, die Herausgabe der Grundstücke zu fordern. Der Wert der Grundstücke habe im Juni 1929 9500 ℳ betragen. Dieser Termin sei maßgebend, weil damals die Sequestration angeordnet sei und damit etwaige Devastationen der Grundstücke durch die Bekl. ihr Ende erreicht hätten. Von diesen 9500 ℳ sei die Kapitalisierung des von den Bekl. übernommenen Altenteils mit 4669 ℳ nebst 200 ℳ an Begräbniskosten für die Altenteiler in Abzug zu bringen. Gegenüber dem Kaufpreis von 16 125 ℳ hätten die Kl. sonach bei Veranschlagung des zurückzugewährenden Grundstücks auf einen Wert von 4631 ℳ einen Ausfall von 11 494 ℳ erlitten, den sie mit Recht gegen die Anzahlung der Bekl. von 8000 ℳ aufrechneten.

Mit Recht macht die Rev. hiergegen geltend, daß es unzulässig sei, die Ansprüche der Kl. aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung zu beurteilen, obwohl die Kl. die Räumung der Grundstücke ausdrücklich auf Grund ihres Rücktritts vom Vertrage fordern. Kann zwar die bei Setzung der Nachfrist aus § 326 BGB. oder nach ihrem fruchtlosen Ablauf abgegebene Erklärung des vertragstreuen Teils, er trete vom Vertrage zurück und verlange Schadensersatz wegen Nichterfüllung, dahin aufgefaßt werden, daß er die Leistung des Schuldners ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordere (RG. 126, 69; JW. 1926, 2907[11]), so muß doch eine solche Auslegung jedenfalls dann als ausgeschlossen gelten, wenn der Gläubiger durch seinen rechtskundigen Vertreter ausschließlich seinen Rücktritt vom Vertrage erklärt. Das aber ist im vorliegenden Falle geschehen. In der Klage zwar war der Anspruch der Kl. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegründet. Auch im Schriftsatz v. 25. Sept. 1929 war dieser rechtliche Gesichtspunkt aufrechterhalten. Dagegen hat der Kl. im Schriftsatz v. 18. Dez. 1929 erklärt, „er hebe nochmals ausdrücklich hervor, daß die Räumung des Grundstücks auf Grund des Rücktritts gefordert werde". Demgemäß ist das LG. in seinen Entscheidungsgründen auch davon ausgegangen, daß die Kl. ihren Anspruch auf Rückgabe der Grundstücke aus dem rechtlichen Gesichtspunkt eines Rücktritts vom Vertrage herleiteten. Auch in ihrer BerBegr. v. 4. Juli 1930 haben die Kl. darauf beharrt, daß sie von dem Vertrage zurückgetreten seien.

Der Übergang der Kl. vom Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zum Rücktritt vom Vertrage war möglich (RG. 109, 186; 107, 348; 85, 282[1])). Abgesehen davon aber, daß der einmal erklärte Rücktritt nicht hätte widerrufen werden können, weil damit das ganze Schuldverhältnis, und zwar auch für die Vergangenheit, erloschen war (RG. 50, 266; LZ. 1917, 1133 Nr. 6), ist auch nicht ersichtlich, daß die Kl. einen solchen Widerruf erklärt hätten. Da Rücktritt und Schadensersatz sich begriffsmäßig gegenseitig ausschließen (RG. 50, 262; 54, 100; 61, 130), ist die von dem BG. vorgenommene Abstellung der Entsch. auf eine Schadensersatzberechnung mithin rechtlich unhaltbar und muß zur Aufhebung des BU. führen.

Hiernach bedarf es keines Eingehens auf die Ausführungen des BG. über die Möglichkeit, den Herausgabeanspruch auf § 985 BGB. zu stützen, womit es sich im besonderen gegen die Entsch. VI 313/30 v. 15. Jan. 1931: JW. 1931, 1184 wendet. Indessen sei bemerkt: In dieser Entsch. ist auf jene Möglichkeit nicht hingewiesen worden, weil nach den Umständen des Falles dort eine Eigentumsklage nicht in Frage stand. Dagegen hat der erk. Sen. bereits im Urteil

---

sich „begriffsmäßig" ausschließen (drittletzter Abs. a. E.), ist im Grunde nicht richtig. Das beweist das Beispiel des österreichischen Rechts, wo eine Kumulation zwischen beiden Rechtsbehelfen m. W. vorwiegend anerkannt wird. Aber für das Recht der §§ 325—326 BGB. trifft es in der Tat zu. Und es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß i. S. des BGB. der einmal erklärte Rücktritt jedenfalls insoweit unwiderruflich ist, als er ein Zurückgreifen auf den Schadensersatzanspruch schlechthin ausschließt. Insoweit bietet das Urt. zwar keine neuen, aber dafür zutreffende Gesichtspunkte.

Grundsätzlich wichtiger ist die Schlußbetrachtung, mit der das Erk. die frühere, von mir seinerzeit beanstandete Entsch. v. 15. Jan. 1931: JW. 1931, 1184, zu rechtfertigen versucht. Ich habe es damals als einen Widerspruch bezeichnet, wenn das RG. einerseits an seiner bekannten Differenztheorie festhält, anderseits dem Gläubiger das Recht abspricht, den von ihm verkauften und schon geleisteten Gegenstand zurückzufordern. Der Sen. verweist zur Vermeidung von Unbilligkeiten auf den dem Verkäufer doch noch verbliebenen Vindikationsanspruch, über den im Falle des früheren Erk. zu entscheiden kein Anlaß gewesen sei. Selbstverständlich kann das unter Umständen zu einem erträglichen Ergebnis führen, so besonders, wenn das verkaufte Grundstück aufgelassen, der Erwerber aber noch nicht im Grundbuch eingetragen war. Aber wie z. B. bei bereits erfolgter Übereignung von Mobilien? Es ist schlechterdings undenkbar, hier den Gläubiger — sei er Verkäufer oder Käufer — i. S. der Differenztheorie auf den Wertüberschuß des ihm zu Leistenden über das seinerseits Geleistete zu beschränken und ihm trotzdem die Rückforderung des letzteren zu versagen. Wer das tut, kommt entweder zu einem praktisch unmöglichen Ergebnis, oder aber er wird der Differenztheorie in der Sache untreu, indem er dem Gläubiger einen Anspruch auf die volle Gegenleistung einschließlich des durch ihre Verspätung entstandenen Schadens zubilligt, d. h. zur Austauschtheorie einschwenkt. Will man an der Differenztheorie festhalten, so muß man sie auch streng durchführen (Cosack und Schöller), d. h. die Vertragspflicht des ersatzberechtigten Gläubigers unter allen Umständen wegfallen lassen, auch wenn er seinerseits schon geleistet hatte. Alles andere führt zu unerträglichen Halbheiten und Folgewidrigkeiten.

Geh. JR. Prof. Dr. Paul Oertmann, Göttingen.

[1]) JW. 1914, 1033.

VI 607/28 v. 21. März 1929 im Zusammenhang mit dem Ausspruch, daß der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht auf Herausgabe des Grundstücks gerichtet werden könne, darauf hingewiesen, dem auf § 985 gestützten Herausgabeanspruch könne, nachdem im Verfolg der Fristsetzung nach § 326 BGB. der Erfüllungsanspruch aus dem Kaufvertrag weggefallen sei, dieser nicht mehr unter Ber. auf § 986 entgegengehalten werden; im gleichen Sinne auch VI 141/31 v. 15. Okt. 1931 und VI 214/31 v. 22. Okt. 1931. Im übrigen ist aber an der ständigen reichsgerichtlichen Rspr. festzuhalten, daß als Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. der Kaufgegenstand nicht herausverlangt werden kann, sondern ein solches Verlangen — von § 326 BGB. aus betrachtet — nur auf Grund des Rücktritts vom Vertrage möglich ist.

(U. v. 14. Dez. 1931; 357/31 VI. — Königsberg.) [H.]

8. §§ 398, 826, 894, 985 BGB.

1. Die Abtretung einer Forderung an eine vermögenslose Person verstößt gegen die guten Sitten, wenn sie nur behufs Einziehung der Forderung für den Abtretenden und in der Absicht geschieht, dem Gegner im Falle seines Obsiegens die Einziehung der Kosten unmöglich zu machen.

2. Der Herausgabeanspruch auf Grund des § 985 BGB. unterliegt der Abtretung, sofern er sich gegen einen bestimmten Besitzer richtet.

3. Der Berichtigungsanspruch aus § 894 BGB. kann nicht für sich allein in dem Sinne veräußert und auf einen anderen übertragen werden, daß der Zessionar, ohne Inhaber des begründenden Rechtes zu sein, die Berichtigung für sich beanspruchen könnte. Im Falle einer zulässigen Ermächtigung eines anderen zur Geltendmachung des Anspruchs bleibt der Ermächtigende der eigentliche Gläubiger des Anspruchs; auch er bleibt also zur Geltendmachung des Anspruchs legitimiert.

Durch notar. Vertr. v. 1. April 1922 verkaufte der Kaufmann K. dem Bankier R., welcher bei der Verhandlung erklärte, er trete für die damals in Gründung befindliche Kl., die AktG. E., als Käuferin auf, sein in B. belegenes Grundstück zum Preise von 750 000 *M*. 200 000 *M* wurden bei Abschluß des Vertr. bar gezahlt, im übrigen wurden in Anrechnung auf den Kaufpreis Hypotheken übernommen, die auf dem verkauften Grundstück hafteten. K. erteilte dem R. unwiderrufliche Vollmacht, das Grundstück an die Käuferin aufzulassen und befreite ihn von der Beschränkung des § 181 BGB. Die Kl., deren Gründungsvertr. v. 31. März 1922 datiert, ist am 10. April 1922 in das Handelsregister eingetragen worden. Die Auflassung erfolgte am 29. April 1922 durch R., der auf Grund der ihm erteilten Vollmacht die Auflassung namens des K. erklärte und sie für die Kl. entgegennahm. Die Eintragung der Kl. als Eigentümerin in das Grundbuch erfolgte demnächst.

Mit der Klage v. 29. Nov. 1928 verlangte K., der im Armenrecht klagte, von der Kl. die Herausgabe des vorgenannten Grundstücks, sowie die Einwilligung in die Berichtigung des Grundbuchs dahin, daß er wieder als Eigentümer eingetragen werde.

Der Klageanspruch war u. a. darauf gestützt, die Kl. habe sich zur Zeit des Kaufabschlusses im Gründungsstadium befunden, es hätten daher gem. § 186 HGB. das Grundstück als Gegenstand der Übernahme, die Person, von der es die Kl. erworben habe, und die dafür zu gewährende Vergütung im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden müssen. Dies sei nicht geschehen, infolgedessen sei der Kaufvertrag und die Auflassung, die übrigens auch von R. auf Grund nichtiger Vollmacht getätigt sei, nichtig gewesen. Außerdem habe auch ein Schwarzkauf vorgelegen.

Mit ähnlicher Begründung hatte K. bereits i. J. 1926 eine EinstwVerf. gegen die Kl. auf Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs und Erlaß eines Veräußerungsverbots beantragt. Sein Antrag war jedoch damals durch Beschl. des LG. v. 3. Nov. 1926 und des KG. v. 14. Dez. 1926 zurückgewiesen worden.

In dem i. J. 1928 anhängig gemachten Rechtsstreit K. gegen E. kam es, bevor ein Urteil erging, zu einem Vergleich, inhalts dessen die Kl. — damals Bekl. — zu Händen des Prozeßbevollmächtigten des K., RA. L., 60 000 *M* zahlte. Von diesem Betrage erhielt jedoch K. nur 10 000 *M*. Die übrigen 50 000 *M* erhielt der Bekl. Mit diesem hatte nämlich K. am 19. Nov. 1928 einen als „Hoffnungskauf" bezeichneten notar. Vertr. geschlossen, in welchem er an den Bekl. sämtliche Ansprüche, die ihn hinsichtlich des Grundstücks gegen die Kl. oder deren Rechtsnachfolger zustünden, abtrat und sich gleichzeitig verpflichtete, im Falle der Rückgewähr des Grundstücks dieses an den Bekl. oder einen von ihm zu benennenden Dritten unentgeltlich aufzulassen. Als Gegenleistung für die abgetretenen Ansprüche sollten an ihn in Teilbeträgen 10 000 *M* gezahlt werden. Außerdem sollte ein gewisser A., der als Vermittler tätig geworden war, eine Provision von 1000 *M* erhalten.

Hinsichtlich der Geltendmachung der abgetretenen Ansprüche war in § 2 bestimmt: Der Bekl. sollte die dem K. gegen die Kl. zustehenden Ansprüche gerichtlich verfolgen und die nach seinem Ermessen erforderlichen gerichtlichen Schritte ergreifen. K. erklärte sich damit einverstanden, daß er nach dem Ermessen des Bekl. als Kl. bzw. Antragsteller aufgeführt werde. Er verpflichtete sich, ein Armutszeugnis zwecks Bewilligung des Armenrechts für die anzustrengenden EinstwVerf. und Klagen nach Möglichkeit zu beschaffen. Der Bekl. verpflichtete sich, sämtliche Kosten der gerichtlichen Geltendmachung zu tragen und den K. von sämtlichen Kosten, die von ihm erfordert werden sollten, freizustellen, wobei die Vergünstigung des Armenrechts dem Bekl. zugute kommen sollte. Weiter verpflichtete sich K., dem von dem Bekl. zu bestellenden RA. unbeschränkt und unwiderruflich Vollmacht, auch zur Gelderhebung, zu erteilen und erklärte sich damit einverstanden, daß der betreffende Anwalt ausschließlich nach den Weisungen des Bekl. handle.

In § 5 war weiter bestimmt, daß K. und der Vermittler A. verpflichtet sein sollten, über die getroffenen Vereinbarungen Stillschweigen zu bewahren, andernfalls sie dem Bekl. zum Ersatz des entstehenden Schadens verpflichtet sein sollten.

Nach Abschluß des oben erwähnten Vergleichs erklärten K. und der Bekl. am 3. Sept. 1929 zu notar. Protokoll, daß sie den Vertr. v. 19. Nov. 1928 in folgender Weise authentisch auslegten. Es hätten nicht die dem K. gegen die Kl. bezüglich des Grundstücks zustehenden Rechte an den Bekl. abgetreten werden sollen, sondern K. hätte nur verpflichtet sein sollen, den Erfolg seines Prozesses gegen die Kl. an den Bekl. herauszugeben.

Die Kl., die sich durch den Abschluß des Vergleichs geschädigt fühlt, macht den Bekl. hierfür verantwortlich. Sie macht geltend: Hätte sie davon Kenntnis gehabt, daß der Bekl. die angeblichen Ansprüche des K. gegen geringes Entgelt aufgekauft und abgetreten erhalten habe, so hätte sie den Prozeß erfolgreich durchgeführt, denn sie hätte sowohl dem Herausgabeanspruch wie auch dem Berichtigungsanspruch die mangelnde Aktivlegitimation des K. entgegenhalten können. Sei aber der Bekl. als Zessionar des K. im materiellen Sinne Kl. gewesen, so hätte er nicht für K. das Armenrecht beantragen dürfen. Selbst wenn aber K. zur Zeit der Erhebung der Klage noch Gläubiger des Berichtigungsanspruches gewesen sei und sich der Bekl. lediglich zur Finanzierung des Prozesses verpflichtet habe, so hätte dem K. das Armenrecht versagt werden müssen. Denn er habe ein Recht gehabt, daß der Bekl. die Kosten des Prozesses bezahle und vorschieße.

Die Kl. erblickt darin, daß der Bekl. sie durch falsche Vorspiegelungen über die mangelnde Aktivlegitimation des K. getäuscht und das Armenrecht erschlichen habe, ein unsittliches Verhalten, das den Bekl. gem. § 826 BGB. zum Schadensersatz verpflichte. Soweit die ungerechtfertigte Erwirkung des Armenrechts in Frage stehe, folge die Schadensersatzpflicht auch aus § 823 Abs. 2 BGB., denn die Erschleichung des Armenrechts bedeute einen strafrechtlichen Betrug; auch seien

die prozessualen Vorschr. über das Armenrecht, die dessen Bewilligung an bestimmte Voraussetzungen knüpften, Schutzvorschr. zugunsten des Prozeßgegners. Gerade die Tatsache aber, daß K. im Armenrecht geklagt habe, sei für sie bestimmend gewesen, den ungünstigen Vergleich abzuschließen, denn, wenn sie auch, wie sie nachweisen könne, obgesiegt hätte, so hätte sie doch mit einer Kostenlast von über 40000 ℳ rechnen müssen, deren Erstattung sie von dem vermögenslosen K. niemals hätte erwarten können, wohl aber sei der Bekl. zur Tragung der Kosten imstande gewesen. Mit seiner gegen die guten Sitten verstoßenden Prozeßführung habe der Bekl. ein verwerfliches Ziel verfolgt. Es widerspreche dem Rechtsempfinden, wenn der Bekl. als außenstehender und unbeteiligter Dritter gewerbsmäßig Formmängel, die in der Inflationszeit bei Grundstücksverkäufen vorgekommen seien, ausnutze, um ohne Mühe und risikolos hohe Gewinne zu erzielen. Das Verhalten des Bekl. sei um so anstößiger, als er absichtlich den Anschein erweckt habe, daß ein mittelloses Opfer der Inflation klage, während in Wirklichkeit er der Nutznießer des Prozesses gewesen sei, der eigentlich geschädigte K. aber nur wenige tausend Mark erhalten habe. Da K. von den Machenschaften des Bekl. nichts gewußt habe, habe der Vergleich ihm gegenüber nicht angefochten werden können, auch sei der Schadensersatzanspruch gegen den Bekl. nicht von der vorherigen Anfechtung des Vergleichs abhängig. Der Schaden, der ihr durch das Verhalten des Bekl. entstanden sei, bestehe darin, daß sie bei Kenntnis der wahren Sachlage sich überhaupt nicht oder nicht so ungünstig verglichen hätte. Sie hätte den Prozeß bis zu Ende durchgeführt, wenn sie nicht die Kosten gescheut hätte, die sie wegen des Armenrechts des K. selbst im Falle ihres Obsiegens hätte tragen müssen. Schließlich hätte sie im Wege des Zurückbehaltungsrechts eine Aufwertung oder Umwertung des von ihr bezahlten Kaufpreises in solcher Höhe verlangen können, daß sich der Prozeß für den Bekl. wirtschaftlich unlohnend gestaltet hätte.

Die Kl. hat in erster Instanz 3000 ℳ als Schaden verlangt und in zweiter Instanz ihren Klageanspruch auf 6100 ℳ erweitert.

Alle Instanzen haben abgewiesen.

Das BG. führt aus: Der dingliche Berichtigungsanspruch sei nicht selbständig abtretbar, er könne zwar einem Dritten auf Grund einer Ermächtigung zur Geltendmachung überlassen werden, der Ermächtigende bleibe aber daneben befugt, den Anspruch selbst zu verfolgen. Die Kl. hätte also mit der Rüge der mangelnden Aktivlegitimation nicht durchdringen können.

Die Ausführungen der Kl., daß sie sich lediglich im Hinblick auf die Kosten verglichen habe, die sie selbst im Falle ihres Obsiegens hätte tragen müssen, weil K. im Armenrecht klagte, seien nicht überzeugend. Wenn die Kl. den Prozeß durch alle Instanzen durchgeführt hätte, so wären ihr im Höchstfalle etwa 23000 ℳ Kosten entstanden. Die Durchführung des Prozesses hätte sich also für sie lohnender gestaltet, als der Abschluß des Vergleichs, durch den sie sich zur Zahlung von 60000 ℳ bereitgefunden habe. Der Umstand, daß K. im Armenrecht klagte, könne also für die Kl. nicht der Grund gewesen sein, sich in der Weise zu vergleichen, wie sie es getan habe.

Das BG. läßt es deshalb dahingestellt, ob die Vorschr. der ZPO. über die Bewilligung des Armenrechts ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. zugunsten des Gegners der armen Partei seien, ferner ob sich K. eines nach § 263 StGB. strafbaren Betruges schuldig gemacht habe. Denn wenn auch diese Umstände an sich eine Schadensersatzpflicht des Bekl. begründen könnten, da der Bekl. an diesen Handlungen teilgenommen habe, so fehle es doch an einem ursächlichen Zusammenhang zwischen ihnen und der von der Kl. behaupteten Schädigung. Vor allem aber sei nicht festzustellen, daß die Kl. eine geringere Vergleichssumme geboten hätte, wenn sie gewußt hätte, daß nicht K., sondern der Bekl. den Prozeß gegen sie führe, und daß K., wenn er auch nicht durch den Vertrag mit dem Bekl. gebunden gewesen wäre, so doch von ihm unterstützt und in der Geltendmachung seiner Rechte bestärkt, sich mit einer geringeren Vergleichssumme begnügt hätte. Es möge sein, daß K., wenn er nicht durch den Vertr. mit dem Bekl. gebunden gewesen wäre, für seine Person nicht die Zahlung einer Summe von 60000 ℳ beansprucht hätte. Es sei aber nichts dafür dargetan, daß er, durch den Bekl. beraten und, um ihn für seinen Rat an dem Erfolge teilnehmen zu lassen, sich mit einer geringeren Summe endgültig zufrieden gegeben hätte. Sei aber eine Schädigung der Kl. durch den Bekl. nicht dargetan, so bedürfe es keiner Erörterung, ob der Vertr., durch den sich der Bekl. einen erheblichen Gewinn verschafft habe, allein schon unsittlich gewesen sei, und ob in der Durchführung der im Vertr. vorgesehenen Maßnahmen ein Verstoß gegen die guten Sitten erblickt werden müsse.

Die Rev. rügt Verletzung des materiellen Rechts, insbes. der §§ 249, 252, 398, 823, 826, 894 BGB. sowie der §§ 139 und 286 ZPO. Erfolg konnte sie nicht haben.

Allerdings waren in dem Prozeß K. gegen E. zwei Ansprüche geltend gemacht, einmal ein Berichtigungsanspruch auf Grund des § 894 BGB., und sodann ein Herausgabeanspruch auf Grund des § 985 BGB., und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB., sofern er sich gegen einen bestimmten Besitzer richtet, der Abtretung unterliegt. Die Abtretung einer Forderung an eine vermögenslose Person verstößt aber gegen die guten Sitten, wenn sie nur behufs Einziehung der Forderung für den Abtretenden und in der Absicht geschieht, dem Gegner im Falle seines Obsiegens die Einziehung der Kosten unmöglich zu machen (RG. 81, 177[1]). Würde also im Vorprozeß der Herausgabeanspruch allein mit der Klage geltend gemacht worden sein, so wären in der Tat Bedenken gegen die Aktivlegitimation des K. nicht von der Hand zu weisen. Die Beurteilung muß aber eine andere sein, weil K. damals neben dem Herausgabeanspruch auch den Berichtigungsanspruch geltend gemacht hat, der wirtschaftlich als der erheblichere erscheint und gegen den der Herausgabeanspruch völlig in den Hintergrund tritt. In betreff des Berichtigungsanspruchs aber ist dem BG. darin beizutreten, daß er als ein Bestandteil desjenigen Rechts — hier also des Eigentums — anzusehen ist, auf Grund dessen er von dem Inhaber geltend gemacht werden kann. Er kann daher nicht für sich allein in dem Sinne veräußert und auf einen anderen übertragen werden, daß der Zessionar, ohne Inhaber des begründenden Rechts zu sein, die Berichtigung für sich beanspruchen könnte. Nun hatte die Kl. behauptet, K. habe dem Bekl. damals bereits das Grundstück aufgelassen gehabt. Für die RevInst. ist die Richtigkeit dieser Behauptung zu unterstellen, deren Übergehung die Rev. rügt. Der Umstand, daß in dem angezogenen Schriftsatz der Bekl. hierfür als Zeuge benannt war, steht nicht entgegen, und hätte gegebenenfalls zur Ausübung des Fragerechts Veranlassung geben müssen. Indessen entfällt auch bei Wahrunterstellung die Aktivlegitimation des K. für die Geltendmachung des Berichtigungsanspruches keineswegs, wenn auch der Grund für das Verbot der selbständigen Abtretbarkeit des Berichtigungsanspruchs in der Verhinderung der Umgehung der Auflassungsvorschr. zu finden ist. Hatte K. dem Bekl. das Grundstück aufgelassen, so konnte zwar der Bekl. auf Grund der hierin liegenden Ermächtigung gegen die Kl. klagend vorgehen. Er hätte dabei die Eintragung des K., aber auch seine eigene Eintragung als Eigentümer auf Grund der erfolgten Auflassung verlangen können. Weder in dem einen noch in dem anderen Falle wäre das Grundbuch unrichtig geworden. Nur hätten sich letzterenfalls unter Umständen Weiterungen aus § 40 GBO. ergeben, wonach eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht hiervon betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Der Bekl. hätte also, wenn er sicher gehen wollte, die Einwilligung der Kl. zur Eintragung des K. verlangen müssen. Neben dem Bekl. blieb aber K. trotz der erteilten Auflassung berechtigt, den Berichtigungsanspruch im eigenen Namen geltendzumachen, denn der Ermächtigende, der die Ausübung seines Berichtigungsanspruches dem anderen überläßt, bleibt der eigentliche Gläubiger des Anspruchs. Er kann den Anspruch nach wie vor gegen den Berichtigungsverpflichteten für sich geltend machen, und der Verpflichtete kann die obliegende Leistung — Zustimmung zur

[1]) JW. 1913, 370.

Grundbuchberichtigung — mit befreiender Wirkung an ihn bewirken. Nur daneben steht dem Ermächtigten die Befugnis zu, den Berichtigungsanspruch geltendzumachen und die Leistung anzunehmen (RGRKomm., 6. Aufl., Anm. 2 zu § 894 und die dort zit. Entsch.). Der Umstand, daß K. möglicherweise von dem Bekl. vorgeschoben war, um den Berichtigungsanspruch im Armenrecht geltendzumachen, ist also nicht geeignet, die Aktivlegitimation des K. zu zerstören, und konnte auch nicht die Ausübung der Klagebefugnis des K. nach § 226 BGB. unzulässig machen, oder sonst die Einrede der allgemeinen Arglist erzeugen. Denn K. hatte an der Durchführung des Prozesses ein erhebliches Interesse. Sollte er doch den Rest des Abtretungsentgeltes von noch 4000 ℳ einen Monat nach rechtskräftigem Urteil oder rechtskräftigem Vergleich erhalten. Konnte aber die Kl., auch wenn sie die zwischen K. und dem Bekl. bestehenden Beziehungen im Vorprozeß alsbald hätte aufdecken können, doch nicht Abweisung des K. wegen mangelnder Aktivlegitimation, sondern bestenfalls nur Entziehung des dem K. bewilligten Armenrechts erreichen, hätte sie also den Prozeß mit K. zu Ende führen müssen, so steht ihrem Schadensersatzanspruch die tatsächliche Feststellung des BG. entgegen, daß sie sich in diesem Falle mit K. in derselben Weise verglichen hätte. Das BG. stellt hierzu ausdrücklich fest, die Kl. habe den Vergleich mit K., nicht weil er arm war, sondern weil sie die Aussichten des Prozesses für ungünstig hielt, abgeschlossen. Damit verneint es die Ursächlichkeit des Umstandes, daß K. im Armenrecht klagte, für den behaupteten Schaden, und es brauchte deshalb darauf nicht weiter einzugehen, ob das Zusammenwirken des Bekl. und des K. bei Einklagung der Ansprüche im Armenrecht gegen Schutzgesetze oder gegen die guten Sitten verstieß. Die weitergehende Ausführung der Kl., der Bekl. habe schon dadurch gegen die guten Sitten verstoßen, daß er gewerbsmäßig Formmängel, die in der Inflationszeit bei Grundstücksverkäufen vorgekommen seien, ausnutzte, um ohne Mühe und risikolos hohe Gewinne zu erzielen, und habe ihr hierdurch vorsätzlich Schaden zugefügt, ist abzulehnen. Denn wenn K. diese Formmängel aus eigener Entschließung geltend machen konnte, ohne gegen die guten Sitten zu verstoßen, so konnte der Bekl. ihm hierbei auch gegen Entgelt behilflich sein.

(U. v. 9. Dez. 1931; 125/31 IX. — Berlin.) [H.]

9. §§ 647, 1253, 1257 BGB. Das Werkmeisterpfandrecht an einem Schiffe erlischt mit der freiwilligen Herausgabe an den Eigner (die gegenteilige, RG. 108, 163 ff. vertretene Meinung wird aufgegeben). †)

Der Sen. tritt den Erwägungen des RG. 108, 163 ff. darin bei, daß auf das gesetzliche Pfandrecht des Werkunternehmers an einem im Schiffsregister eingetr. Schiff grundsätzlich sowohl § 1257 BGB. (Planck-Brodmann § 1259 Anm. 2; RGRKomm. § 1266; Pappenheim, Handbuch des Seerechtes II, 204 ff.) als auch §§ 1260 ff. BGB. — soweit mit deren Inhalt vereinbar — anwendbar sind (a. M.: Planck-Brodmann § 1259 Anm. 2). Der Sen. ist aber der Ansicht, daß trotzdem § 1266 die Anwendung von § 1253 auf das Werkmeisterpfandrecht am Schiff gestattet. Auf Anfrage des 1. ZivSen. v. 19. Sept. 1931 hat der 7. ZivSen. (der z. Z. des Urt. v. 6. Mai 1924 als 6. ZivSen. bezeichnet) am 9. Okt. 1931 erklärt, daß er an der vom 1. ZivSen. beanstandeten Rechtsauffassung (RG. 108, 163 ff.[1])) nicht mehr festhalte. Es ist daher eine Plenarentsch. gem. § 136 GVG. nicht erforderlich.

Die Best. des § 1266 Satz 1 BGB., daß §§ 1205—1257 keine Anwendung finden, soweit sich daraus, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt, Abweichungen ergeben, betr. nach ihrem Wortlaut, Sinn und Zweck nur solche Pfandrechte an im Schiffsregister eingetr. Schiffen, bei deren Begründung die Besitzerlangung des Pfandgläubigers an der Pfandsache keine Rolle spielt. Das sind vor allem die vertraglichen Schiffspfandrechte nach §§ 1260 ff. BGB. Dagegen ist § 1266 Satz 1 BGB. dann nicht anwendbar, wenn, wie beim Werkmeisterpfandrecht nach § 647 BGB., für die Entstehung des (gesetzlichen) Pfandrechtes die Erlangung des Besitzes an der Pfandsache seitens des Pfandgläubigers Voraussetzung ist. Mit Planck-Brodmann § 1259 Anm. 2 u. § 1266 Anm. 1 ist anzunehmen, daß § 1266 BGB. die direkte (subsidiäre) Anwendbarkeit wie der Sätze des gemeinen Pfandrechtes überhaupt, so auch des § 1257 BGB. als selbstverständlich voraussetzt (vgl. auch RGRKomm. § 1266). Dieser Anwendbarkeit werden dann in § 1266 BGB. gewisse Schranken gezogen, aber nur für Tatbestände, die bei dem gesetzlichen Pfandrecht des Werkmeisters nach § 647 BGB., das sich seiner Struktur nach ganz dem gemeinen Besitzpfandrecht anschließt, nicht verwirklicht sind. Mit anderen Worten: Die im § 1266 vorgesehenen Einschränkungen der Anwendbarkeit von §§ 1205—1257 beziehen sich nur auf solche „Abweichungen", die sich daraus ergeben, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt. Sie betreffen ausschl. ein Schiffspfandrecht, das zu seiner Entstehung den Besitz des Schiffes seitens des Schiffsgläubigers nicht erfordert. Da zur Begründung des Werkmeisterpfandrechtes am Schiffe gehört, daß der Werkmeister den Besitz des Schiffes erlangt, spricht die Ausnahmebest. des § 1266 BGB. für die Anwendung des § 1253 BGB. (s. auch Löning, Hans. GZ. 1924, Beibl. S. 111 ff. Anm. 22, S. 113). § 1253 BGB. macht nicht etwa schlechthin von der Dauer des Besitzes des Pfandgläubigers die Fortdauer des Pfandrechtes an der Pfandsache abhängig, sondern besagt nur, daß das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt, also den Pfandbesitz kraft eigenen Willens aufgibt und damit endgültig verliert (s. auch § 861 BGB.). Entsprechend heißt es in den Motiven z. Entw. eines BGB. Bd. III S. 846 in den „Vorbemerkungen" zum Pfandrecht an Schiffen unter Nr. 4: Daß es hinsichtlich der Vorschr. über das Schiffspfandrecht grundsätzlich bei den Normen des Faustpfandrechtes auch in Ansehung des gesetzlichen Pfandrechtes verbleiben solle.

Wenn die in § 754 HGB. und § 102 BinnSchG. aufgeführten Schiffsgläubigerrechte nach § 755 HGB., § 103 BinnSchG. den Schiffsgläubigern (welchen das Schiff nicht schon durch Verbodmung verpfändet ist, § 755 HGB.) ein gesetzliches Pfandrecht an dem Schiff nebst Zubehör gewähren, welches den Besitz des Schiffes nicht erfordert, so handelt es sich dabei um besondere, durch die Eigentümlichkeiten des Schiffahrtsbetriebes veranlaßte Einzelvorschr. Mit solchen, an sich nicht erkennbaren Schiffspfandrechten muß den genannten Eigentümlichkeiten entsprechend der Verkehr rechnen. Dagegen ist ein Verkehrsbedürfnis dafür, daß das Werkmeisterpfandrecht am Schiff noch nach der freiwilligen Herausgabe des Schiffes seitens des Werkmeisters bestehen bleibt, nicht ersichtlich (s. auch RG. 108, 166 ff.[2]) letzter Abs.).

(U. v. 4. Nov. 1931; 41/31 I. — Stettin.) [Ka.]

<= RG. 134, 116.>

10. § 836 BGB.; § 308 ZPO.

1. **Wer einen anerkannt tüchtigen Zimmermann mit einer Zimmerarbeit beauftragt, wendet im allgemeinen schon dadurch die im Verkehr**

Zu 9. In RG. 108, 163 = JW. 1925, 241 hatte das RG. (6., jetzt 7. ZivSen.) die Anwendbarkeit des § 1253 BGB. auf das gesetzliche Pfandrecht des Werkunternehmers an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe zwar de lege ferenda für sachangemessen, aber de lege lata für ausgeschlossen erklärt. Demgegenüber ist von mir in der Anm. zu jener Entsch. die schon früher vertretene Meinung näher begründet worden, daß der angemessenere Rechtszustand in Wahrheit auch als bestehend anzusehen sei. In demselben Sinne hat sich, so gut wie gleichzeitig, G. Löning: HansRZ. 1925, 185 ff. ausgesprochen. Dieser Ansicht ist nun, ohne daß es der Herbeiführung einer Plenarentsch. bedurft hätte, erfreulicherweise der 1. ZivSen. in dem oben abgedr. Urt. beigetreten. Auch mit seiner Begründung können wir uns ganz einverstanden erklären. Denn auch sie läßt es hinsichtlich der Geltung des § 1253 für das Werkmeisterpfandrecht am registrierten Schiffe bei der Regel des § 1257 bewenden, weil die Voraussetzung des § 1266 S. 1 für die Anwendbarkeit seiner Ausnahmevorschrift nicht gegeben ist.

Geh. JR. Prof. Dr. Max Pappenheim, Kiel.

[1]) JW. 1925, 241.

[2]) JW. 1925, 241.

erforderliche Sorgfalt an. Aber auch der Laie, der eine für Dritte möglicherweise gefahrbringende Arbeit ausführen läßt, ist verpflichtet, die hergestellte Einrichtung sich daraufhin anzusehen, ob sie ordnungsmäßig ausgeführt worden ist. Für einen Mangel, den er dabei nicht sehen kann und nicht sieht, haftet er nicht.

2. Hat der Kläger die Zuerkennung einer Rente in bestimmter Höhe begehrt für den Fall, daß er Arbeitsverdienst in dieser Höhe nicht habe, so darf das Gericht ihm nicht eine, wenn auch geringere Rente zusprechen, die nicht abhängig gemacht ist von dem Nachweis, daß er einen Arbeitsverdienst in Höhe der Rente nicht habe.†)

Der Kl. erlitt am 9. Dez. 1925 einen Unfall, als er im Auftrage der Firma R., bei der er als Kutscher im Dienst stand, Mehl zu dem Bekl., einem Bäckermeister, brachte. Er mußte das Mehl in Säcken von 50 und 100 kg über eine Treppe und über das Dach eines Schuppens in den Lagerraum des Bekl. tragen. Die Treppe lag in der Regel auf dem Dache des Schuppens, wurde aber, wenn Mehl gebracht wurde, von den Leuten des Bekl. mit einem Ende auf den Erdboden heruntergelassen und mit dem anderen Ende am Dach des Schuppens in der Weise befestigt, daß zwei an der Treppe angebrachte eiserne Haken in zwei in einen Dachbalken des Schuppens eingeschraubte eiserne Ösen hineingehakt wurden. Als der Kl. sich mit einem Sack von 100 kg auf dem Rücken auf dem oberen Ende der Treppe befand, wurde eine der beiden Ösen aus dem Balken des Schuppens durch das Gewicht der belasteten Treppe herausgerissen, der eiserne Haken auf der anderen Seite der Treppe brach ab, und der Kl. stürzte mit der Treppe und dem Sack Mehl auf den Erdboden und verletzte sich. Er nahm den Bekl. auf Schadensersatz in Anspruch. Seiner Klage wurde vom BG. im wesentlichen stattgegeben. Das RG. hat aufgehoben.

Das BG. nimmt an, die in den Balken den Schuppens eingeschraubten Ösen seien Teile eines Gebäudes i. S. des § 836 BGB. gewesen, durch die Ablösung der einen sei der Kl. verletzt worden, und die Ablösung sei auch die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung gewesen. Diese Annahmen werden von der Rev. nicht mehr angegriffen; sie erscheinen rechtlich bedenkenfrei und begründen an sich den Anspruch des Kl. auf Schadensersatz gegen den Bekl. nach § 836 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Bekl. beruft sich darauf, daß er zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe und deshalb nach § 836 Abs. 1 Satz 2 nicht ersatzpflichtig sei. Er hat behauptet und unter Beweis gestellt: Er habe dem durchaus zuverlässigen und tüchtigen Zimmermeister K. die Instandsetzungsarbeiten an dem Schuppen übertragen; dieser habe die Vorrichtung zum Aufhängen der Treppe neu gemacht; mehr an Sorgfalt als die Übertragung an einen solchen Zimmermeister könne im Verkehr nicht verlangt werden. Das BG. sagt dazu: Die Sorgfaltspflicht beschränke sich nicht auf die ordnungsmäßige Ausführung der Arbeiten, erforderlich sei vielmehr bei gewerblichen Betrieben und bei einer Benutzungsart, wie sie hier bestanden habe, daß von Zeit zu Zeit Nachprüfungen auf Haltbarkeit usw. vorgenommen würden. Für den Ausschluß der Haftung müsse deshalb der Nachweis der fortdauernden Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gefordert werden. Diese Sorgfaltspflicht sei nicht dargetan, da die Instandsetzungsarbeit durch K. schon im Okt. 1924 ausgeführt worden sei, während der Unfall sich erst im Dez. 1925 ereignet habe. Die an den Schuppen angelegte Treppe sei zur Beförderung so schwerer Lasten bestimmt und selbst von so großem Gewicht gewesen, daß nicht nur ein Fachmann, sondern auch jeder Laie auf den ersten Blick habe sehen müssen, daß es sich um eine Gefahrenquelle von außerordentlicher Bedeutung gehandelt habe. Wenn eine solche Treppe an Ösen befestigt worden sei, die kaum die Stärke eines kleinen Fingers gehabt hätten und die nur wenig (etwa 3—4 cm) in den tragenden Balken eingeschraubt gewesen seien, so sei das eine ungenügende Befestigung gewesen, und wenn der Bekl. diese Befestigung nicht sofort als ungenügend habe erkennen können, dann sei er verpflichtet gewesen, eine Nachprüfung durch einen Sachverständigen herbeizuführen.

Die Rev. meint, die Haftung des Bekl. aus § 836 BGB. entfalle schon dadurch, daß er, wie zu unterstellen sei, mit der Befestigung der Treppe einen anerkannt tüchtigen Sachverständigen beauftragt habe. Es bedeute eine Überspannung der zu stellenden Anforderungen, wenn von ihm verlangt werde, daß er die Arbeiten des Zimmermeisters K. noch durch einen weiteren Sachverständigen hätte nachprüfen lassen müssen. Bei der Erledigung der Arbeit an der Treppe habe er sich darauf verlassen dürfen, daß ein anerkannt tüchtiger Zimmermeister die Arbeit sach- und ordnungsmäßig erledigen werde. Die besondere Benutzungsart des Gebäudes habe nicht, wie in dem in LZ. 1921, 226 abgedruckten Falle eine erhöhte Sorgfalt des Bekl. verlangt; denn es habe sich um einen gewöhnlichen Bäckereibetrieb in einer kleinen Stadt gehandelt. Ein besonders starker Verkehr über die Leiter und eine außergewöhnliche Inanspruchnahme der Leiter sei nicht festgestellt. Und auch wenn man annehmen wolle, daß der Bekl. sich fortdauernd von der Ordnungsmäßigkeit der Anlage hätte überzeugen müssen, so sei eine solche Pflicht im vorliegenden Fall doch deshalb zu verneinen, weil die Treppe erst kurze Zeit vor dem Unfall neu angefertigt und der Auftrag einem anerkannt tüchtigen Sachverständigen übertragen worden sei. Die Rüge ist zum Teil gerechtfertigt. Wer einen anerkannt tüchtigen Zimmermeister mit einer derartigen Arbeit beauftragt, wendet im allgemeinen schon dadurch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt an, und es bedeutet in der Tat eine Überspannung der zu stellenden Anforderungen, wenn bei einer solchen Arbeit verlangt wird, daß der Besitzer eines Grundstücks die von einem tüchtigen Zimmermeister, also einem sachkundigen Bauhandwerker ausgeführte Arbeit durch einen weiteren Sachverständigen nachprüfen lasse. Die Annahme des BG., der Bekl. hätte, wenn er die Befestigung nicht sofort als ungenügend habe erkennen können, eine Nachprüfung durch einen Bausachverständigen herbeiführen müssen, ist deshalb nicht haltbar. Ob das BG. feststellen will, daß auch der Bekl. als Laie auf den ersten Blick hätte sehen müssen, daß die Befestigung der Treppe mangelhaft sei, erscheint zweifelhaft. Hätte es dies angenommen, so wäre damit eine Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt ohne weiteres festgestellt. Denn auch der Laie, der eine für Dritte möglicherweise gefahrbringende Arbeit durch einen Sachverständigen ausführen läßt, ist verpflichtet, die hergestellte Einrichtung sich daraufhin anzusehen, ob sie ordnungsmäßig ausgeführt worden ist. Aber da das BG. sagt, der Bekl. hätte, wenn er die Befestigung nicht sofort als ungenügend habe erkennen können, eine Nachprüfung durch einen Bausachverständigen herbeiführen müssen, nimmt es anscheinend an, daß der Bekl. die Befestigung nicht als ungenügend erkannt habe und auch nicht, da die Länge des in den Balken eingeschraubten Teiles der Öse von außen nicht zu sehen war, habe erkennen können. Ist das aber der Fall, dann hatte er nach dem oben Gesagten keine Veranlassung, der von einem als tüchtig und zuverlässig geltenden Zimmermeister ausgeführten Arbeit zu mißtrauen. Bei der Kürze der Zeit vom Okt. 1924 bis Dez. 1925 war eine Überprüfung der Einrichtung durch einen Bausachverständigen noch nicht geboten. Und es ist nicht ersichtlich, daß der Bekl., wenn er selbst sie etwa nach Jahresfrist überprüft hätte, einen Mangel gefunden hätte, zumal nicht zu sehen war, wie tief die Ösen in das Holz eingeschraubt waren. Die Unterlassung der eigenen Nachprüfung war also, soweit ersichtlich, nicht ursächlich für den Unfall. Immerhin werden alle diese Fragen vom Tatrichter einer erneuten Prüfung unter den dargelegten Gesichtspunkten zu unterziehen sein.

Das BG. hat, wie die Rev. endlich mit Grund rügt, den § 308 ZPO. dadurch verletzt, daß es dem Kl. etwas zu-

---

Zu 10. Der Entsch. ist lediglich zuzustimmen. Die sachliche Entscheidung stimmt überein mit den von mir in der Anmerkung unten S. 1210 Nr. 11 entwickelten Grundsätzen über die Bedeutung der bestehenden und der mangelnden Fachkunde für die Abgrenzung der Sorgfaltspflicht im Rahmen des § 836 BGB. Die prozessuale Beanstandung des RG. ist zweifelsfrei berechtigt.

RA. Dr. Alfred Werner, München.

gesprochen hat, was er nicht beantragt hatte. Der Kl. hatte in beiden Rechtszügen zur Feststellungsklage nur den Antrag gestellt, festzustellen, daß der Bekl. verpflichtet sei, ihm eine Rente bis zu monatlich 200 *RM* für den Fall zu zahlen, daß er Arbeitsverdienst in dieser Höhe nicht habe. Statt dessen hat das BG. festgestellt, daß der Bekl. verpflichtet sei, dem Kl. v. 19. März 1929 ab eine ziffernmäßig bestimmte, sich nach und nach verringernde Geldrente zu zahlen, deren Betrag zwar hinter dem vom Kl. geforderten Höchstbetrage zurückbleibt, dessen Zahlung aber nicht abhängig geblieben ist von dem Nachweise, daß der Kl. einen Arbeitsverdienst in Höhe der Rente gehabt habe. Das BG. ist also über den Antrag des Kl. insofern hinausgegangen, als es diesem auch für solche Zeiten einen Rentenanspruch zuerkannt hat, in denen er einen die Rente erreichenden oder übersteigenden Arbeitsverdienst hat, und ihm für solche Zeiten, in denen er einen geringeren Arbeitsverdienst hat, die Rente in voller Höhe zugesprochen hat. Das kann nicht gerechtfertigt werden durch die Erwägung des BG., es sei zweckmäßiger, auf Grund einer Abschätzung des Grades der künftigen Erwerbsfähigkeit auf feste Sätze zu erkennen, als, wie beantragt war, die Höhe von dem ungewissen Faktor des künftigen Arbeitsverdienstes abhängig zu machen. Hielt das Gericht eine solche Entsch. für zweckmäßiger, so hätte es den Kl. zu einem entsprechenden Antrag anregen müssen. Solange aber der Kl. bei dem gestellten Antrage blieb, verletzte das Hinausgehen über ihn den § 308 ZPO.

(Urt. v. 18. März 1931; IX 541/30. — Oldenburg.) [H.]

11. §§ 836, 838 BGB.

1. Ein nicht fachkundiger Hausbesitzer, insbesondere ein ortsabwesender, genügt im allgemeinen der ihm obliegenden Sorgfaltspflicht, wenn er die Sorge für die bauliche Unterhaltung des Gebäudes einem zuverlässigen und in Bausachen erfahrenen Verwalter überträgt und ihn im allgemeinen beaufsichtigt.

2. Ein bausachverständiger Hausverwalter handelt fahrlässig, wenn er ein Jahr lang die Untersuchung eines an der Schauseite angebrachten nicht verankerten Zierobelisken auf seine Standfestigkeit unterläßt.†)

Der Bekl. L. war seit 1921 Eigentümer und Eigenbesitzer eines Eckhauses in M., das er damals von seinem Erbauer, dem Maurermeister K., käuflich erworben hatte, der Bekl. M. verwaltete es seitdem im Auftrage L.s. An der Schauseite des Hauses war in der Mitte des Drempelgeschosses rund 19 m über dem Bürgersteig ein 1,25 m hoher und 97,5 kg schwerer Obelisk aus Zementbeton als Verzierung des Eckturmes aufgestellt. Am 25. Aug. 1927 gegen 1 Uhr nachmittags stürzte dieser plötzlich herab und traf den auf dem Wege von der Schule an dem Hause vorbeigehenden Kl. am Kopf, so daß er eine schwere Verletzung davontrug. Wegen des ihm hieraus entstandenen und noch entstehenden Schadens nahm der Kl. mit der Klage die beiden Bekl. als Gesamtschuldner in Anspruch. Das LG. stellte fest, daß jene gesamtschuldnerisch zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet seien. Die Berufung der Bekl. wurde zurückgewiesen, ebenso die Rev. des Bekl. M. Die Rev. des Bekl. L. führte zur Abweisung der gegen ihn gerichteten Klage.

Das OLG. führt die Ablösung des Obelisken darauf zurück, daß er, obwohl er auf dem Trageisen nur teilweise auflag und nicht gegen Verrückungen gesichert war, nicht mit der Hauswand verankert war und infolgedessen durch die Einwirkungen des Verkehrs und der Witterung sich allmählich verschoben und so schließlich das Gleichgewicht verloren hat. In der Nichtanbringung einer Verankerung sieht es einen Fehler sowohl bei der Errichtung des Hauses, zu deren Zeit man auch schon mit solchen Einwirkungen habe rechnen müssen und allgemein gerechnet habe, wie auch bei seiner Unterhaltung, weil nämlich die Gefährlichkeit des bestehenden Zustandes bei einer fachkundigen Untersuchung der Hauswand, die im Laufe der 26 Jahre seit der Erbauung des Hauses nie vorgenommen worden sei, ohne weiteres hätte erkannt und mit Leichtigkeit hätte behoben werden können. Darin, daß die Bekl. auch während ihrer Besitz- und Verwaltungszeit keine solche Untersuchung vorgenommen oder veranlaßt hätten, obschon selbst ein Laie habe erkennen können und müssen, daß der Obelisk unter Umständen eine Gefahr für die Straßenpassanten bilden könne, und ihnen die Unterlassung jeder Untersuchung durch den Vorbesitzer nicht habe entgangen sein können, erblickt es eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei der ihnen obliegenden Unterhaltung des Gebäudes und erachtet deshalb den im § 836 Abs. 1 Satz 2 offen gelassenen Entlastungsbeweis auch hinsichtlich des Bekl. L. für nicht erbracht, obschon er in dem Bekl. M. einen zuverlässigen und in Bausachen erfahrenen Stellvertreter bestellt gehabt habe.

Die Rev. rügt Verletzung des sachlichen und des Verfahrensrechtes (§§ 836, 838 BGB. und § 286 ZPO.).

(Nach Bescheidung eines Prozeßangriffs wird ausgeführt:)

b) Die Meinung der Rev., das OLG. habe nicht beachtet, daß der Sachverständige W. sich mit der Behauptung, das Fehlen der Verankerung sei von der Straße aus sichtbar gewesen, mit der gegenteiligen Feststellung des Sachverständigen F. in Widerspruch gesetzt habe, beruht auf einem Mißverständnisse. Über diese Frage hat F. sich überhaupt nicht ausgesprochen. Was er als auch für einen Fachkundigen nicht ohne weiteres erkennbar bezeichnet hat, ist die ungenügende Unterstützung des Obelisken von unten her und seine mangelhafte Sicherung durch den Widderkopf und die Voluten. Wenn das OLG. sich hier der abweichenden Meinung des Sachverständigen W. angeschlossen hat, daß dieser Fehler bei

---

Zu 11. A. Der Entsch. ist im Ergebnis sicherlich zuzustimmen. Sie regt aber eine Prüfung der Frage an, welche Bedeutung der Fachkunde bei der Abgrenzung der Sorgfaltspflicht in den Fällen der §§ 836, 838 BGB. beizumessen ist.

Das RG. führt aus, ein nicht fachkundiger Hausbesitzer genüge im allgemeinen der ihm obliegenden Sorgfaltspflicht, wenn er die Sorge für die bauliche Unterhaltung des Gebäudes einem zuverlässigen und in Bausachen erfahrenen Verwalter überträgt und ihn im allgemeinen beaufsichtigt, zumal dann, wenn er selbst ortsabwesend ist. Das gleiche wird von einem fachkundigen Hausbesitzer gelten müssen. Auch der fachkundige Hausbesitzer ist berechtigt, die Unterhaltung des Hauses einem anderen zu übertragen (vgl. § 838 BGB.). Auch der fachkundige Hausbesitzer kann gar nicht anders verfahren, wenn er an einem anderen Orte wohnt. Auch er ist entlastet, wenn er die Verwaltung und Unterhaltung des Hauses einem zuverlässigen Hausverwalter überträgt und dessen Tätigkeit im allgemeinen überwacht. Der Haftungsmaßstab für fachkundige und nicht fachkundige Hausbesitzer kann insoweit nicht verschieden sein. Es besteht kein Grund, von dem fachkundigen Hausbesitzer die persönliche Überwachung des Zustandes des Hauses zu verlangen. Richtig ist, daß der nicht fachkundige Hausbesitzer sich des Sachverständigen bedienen **muß**. Aber auch der fachkundige Hausbesitzer **kann** sich des Sachverständigen bedienen und ist grundsätzlich entlastet, wenn er einen zuverlässigen Sachverständigen zuzieht. Der Haftungsmaßstab ist grundsätzlich ein objektiver und abstrakter. Nur ausnahmsweise wird er durch die individuellen Verhältnisse des als haftpflichtig in Betracht Kommenden berührt.

Umgekehrt besteht die Haftung des Hausverwalters nicht nur deshalb, weil er „als Fachkundiger die Sorge für die bauliche Unterhaltung des Hauses übernommen hatte“. Er haftet nicht wegen seiner Fachkunde, sondern deshalb, weil er die Sorge für die bauliche Unterhaltung des Hauses übernommen hat. Auch ein Laie, der die Unterhaltung übernimmt, würde in gleicher Weise haften. Wer die Sorge für die Unterhaltung eines Hauses übernimmt, ohne die nötige Fachkunde zu besitzen, muß die erforderlichen Sachverständigen zuziehen. Die Übernahme der Unterhaltung verpflichtet ihn, seine eigene mangelnde Fachkunde durch Heranziehung geeigneter Personen zu ergänzen. Die Verwendung zuverlässiger Sachverständiger entlastet ihn nicht einmal unter allen Umständen (vgl. RG.: JW. 1906, 336; LZ. 1916, 1241 ff.), wohl aber in einem Falle wie dem vorliegenden, wo der nicht Fachkundige die Gefährlichkeit nicht erkennen kann. Aber auf die eigene mangelnde Fachkunde könnte der Hausverwalter sich nicht berufen, wenn er nicht für geeignete Untersuchung durch Sachverständige Sorge getragen hätte.

Dem Tatumstande der Fachkunde der Beteiligten ist somit weder nach der positiven noch nach der negativen Seite die Bedeutung beizulegen, die man nach der Ausdrucksweise der hier gegebenen Entscheidungsgründe annehmen könnte.

RA. Dr. Alfred Werner, München.

B. Vgl. auch RGEntsch. v. 18. März 1931, 541/30 IX oben S. 1208 Nr. 10. D. S.

einer ordnungsmäßigen Untersuchung des Zierstücks auf seine Standsicherheit mit Hilfe einer Feuerwehrleiter jedem Fachkundigen sichtbar geworden wäre, so ist das rechtlich bedenkenfrei. Es liegt auf der Hand, daß es hierfür, zum mindesten was die ungenügende Größe der Tragfläche angeht, nur auf die mehr oder weniger große Gründlichkeit der Untersuchung und das größere oder geringere Maß an Geschicklichkeit und Erfahrung des Untersuchenden ankam. Davon, daß das OLG. mit seinen Anforderungen nach dieser Richtung hin zu weit gegangen wäre, kann bei der Bedeutung einer solchen Untersuchung für die Allgemeinheit keine Rede sein. Es liegt auch keine Überspannung der Anforderungen an die zu beobachtende Sorgfalt darin, daß das OLG. annimmt, schon das Fehlen einer Verankerung, das eine standfeste und unverrückbare Aufstellung als einzige Sicherung gegen das Herabstürzen erscheinen ließ, habe wegen der möglichen Einflüsse der Witterung und des Verkehres bei der Höhe und Schwere des Obelisken zu einer solchen gründlichen Untersuchung in der Besitzzeit des Bekl. L. Anlaß geben müssen.

c) Der Bekl. M. ist dadurch nicht beschwert, daß das OLG. nicht näher auf seinen Einwand eingegangen ist, er habe den Klempnermeister S. und den Dachdeckermeister B. allgemein beauftragt gehabt, nach dem Rechten zu sehen, und diese hätten keinerlei Schäden an dem Obelisken beobachtet. Denn es liegt auf der Hand, daß diese beiden nicht die geeigneten Persönlichkeiten waren, ihnen die Überwachung des Verputzes und der Verzierungen der Schauseite des Hauses zu übertragen. Auf keinen Fall aber wäre der fachkundige Bekl. dadurch seiner eigenen Überwachungspflicht als ortsansässiger Hausverwalter überhoben worden.

d) Unerheblich mußte es auch sein, ob der Bekl. M. die Gefährlichkeit des Obelisken erkannt hatte. Das OLG. hat ihm, der als Fachkundiger die Sorge für die bauliche Unterhaltung des Hauses übernommen hatte, mit Recht zugemutet, daß er diesen Sachverhalt bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt jedenfalls hätte erkennen müssen.

e) Dagegen geht es zu weit, wenn das OLG. die gleiche Anforderung an den Bekl. L. gestellt hat. Denn ein nicht fachkundiger Hausbesitzer genügt im allgemeinen der ihm obliegenden Sorgfaltspflicht, wenn er die Sorge für die bauliche Unterhaltung des Gebäudes einem zuverlässigen und in Bausachen erfahrenen Verwalter überträgt und ihn im allgemeinen beaufsichtigt, zumal dann, wenn er wie der Bekl. L. ortsabwesend ist. Daß der Bekl. M. jene Eigenschaften gehabt hat, stellt das OLG. fest; daß er auch keineswegs untätig in der Sorge für die Unterhaltung des Gebäudes gewesen ist, sondern umfangreiche Instandsetzungen veranlaßt hat, ist unstreitig; der Bekl. L. hatte daher niemals Anlaß, daran zu zweifeln, daß die jenem übertragene Aufgabe bei ihm in den besten Händen lag, so daß ihm auch eine Verletzung der allgemeinen Aufsichtspflicht nicht vorgeworfen werden kann. Die Ansicht des BG., daß der Bekl. L. gleichwohl verpflichtet gewesen wäre, von sich aus eine gründliche fachkundige Untersuchung der Schauseite seines Hauses auf etwaige verkehrsgefährdende Mängel zu veranlassen, ist eine Überspannung. Selbst wenn der Bekl., was nicht feststeht, sich bewußt gewesen wäre, daß der Obelisk wegen der sichtlich fehlenden Verankerung unter Umständen den Straßenbenutzern gefährlich werden konnte, durfte er sich darauf verlassen, daß der bauverständige, erfahrene und zuverlässige Bekl. M. auch in dieser Hinsicht das Erforderliche veranlassen würde, nämlich prüfen würde, ob solche gefahrbringenden Umstände vorlagen, und bejahendenfalls für Abhilfe sorgen würde, zumal da dieser bei der Erbauung des Hauses seinerzeit mittätig gewesen war und man deshalb eine hinreichende Kenntnis der Einzelheiten des Baues bei ihm ohne weiteres voraussetzen konnte. Daran konnte auch der öffentliche Hinweis der M.er Polizei nichts ändern; zudem ist nicht festgestellt, daß dieser überhaupt zur Kenntnis des ortsabwesenden Bekl. L. gekommen ist.

(U. v. 14. Febr. 1931; 516/30 IX. — Naumburg.) [H.]

**12. §§ 881, 1119 BGB.; § 54 GBO.

1. Roggen- und Goldmarkhypotheken sind keine verschiedenen Rechte! Die Ausnutzung des Rangvorbehaltes zugunsten einer Roggenhypothek ist durch Eintragung einer Goldmarkhypothek möglich; soweit durch die Änderung des Wertmessers die Möglichkeit einer über den Umfang des Rangvorbehaltes hinausgehenden Belastung gegeben ist, ist die Zustimmung des Inhabers des mit dem Vorbehalt belasteten Rechts erforderlich.

2. Auch ohne Angabe eines Zinssatzes bei dem Rangvorbehalt für die Roggenhypothek konnte die an ihre Stelle eingetragene Goldmarkhypothek mit 5% Verzinsung versehen werden.†)

Zutreffend geht das BG. davon aus, daß § 881 BGB. auch auf die wertbeständige Hypothek Anwendung findet, da auch diese ein dem Umfange nach bestimmtes Recht i. S. jener Vorschr. darstellt. Ebenso ist dem BG. darin beizustimmen, daß eine Roggen- und eine Goldmarkhypothek keine verschiedenen Rechte sind. Denn bei beiden haftet das Grundstück für eine Geldsumme in Reichswährung. Nur der Wertmesser, nach dem die Geldsumme zu berechnen ist, ist verschieden. Gegen die Ausnutzung eines Rangvorbehaltes zugunsten einer Roggenhypothek durch Eintragung einer Goldmarkhypothek ergibt sich nur das Bedenken, daß infolge der Änderung des Wertmessers die Möglichkeit einer über den Umfang des Rangvorbehaltes hinausgehenden Belastung des Grundstücks gegeben ist und daß die Ausnutzung des Rangvorbehaltes über seinen Umfang hinaus der Zustimmung des Inhabers des mit dem Rangvorbehalt belasteten Rechtes bedarf. Da die Kl. der Eintragung der Goldmarkhypothek nicht zugestimmt haben, so hätte das Grundbuchamt die Eintragung ablehnen sollen. Die trotzdem erfolgte Eintragung kann aber nicht in dem Sinne als wirkungslos angesehen werden, daß dem bei der Hypothek der Bekl. eingetragenen Vorrang jede Bedeutung abzusprechen wäre. Es ist in der Rspr. des erk. Sen. schon wiederholt zum Ausdruck gelangt, daß nicht jede Grundbucheintragung, die nicht hätte erfolgen sollen, damit auch rechtsunwirksam ist, daß dies nur für solche Eintragungen schlechthin gilt, die i. S. des § 54 Abs. 1 S. 2 GBO. ihrem Inhalte nach unzulässig sind (RG. 120, 110[1])). Daß diese Voraussetzung im vorl. Falle nicht zutrifft, bedarf keiner besonderen Erörterung. Nun entspricht aber der Vorrang der Hypothek der Bekl. insoweit, als sie die Grenzen des Rangvorbehaltes nicht überschreitet, der der Eintragung des Vorbehaltes zugrunde liegenden Einigung des Eigentümers und des früheren Inhabers der mit dem Vorbehalt belasteten Rechte. Auch für die Kl. war beim Erwerb ihrer Rechte aus dem Grundbuch ersichtlich, daß eine Belastung in diesem Umfange mit Vorrang vor ihren Rechten ohne ihre Zustimmung eingetragen werden konnte. Hiernach ist weder ein sachlichrechtlicher noch ein aus der Besonderheit des Grundbuchverkehrs zu entnehmender Grund ersichtlich, aus dem der Hypothek der Bekl. insoweit der Vorrang zu versagen wäre,

---

Zu 12. Das RG. hält an seiner Rspr. fest, wonach tunlichst vermieden wird, aus Verstößen gegen formelle Vorschriften des Grundbuchrechts materiellrechtliche Nachteile herzuleiten. Diese Rspr. verdient volle Zustimmung. Es erscheint mir indessen zweifelhaft, ob es im vorliegenden Falle eines Zurückgreifens auf diesen Grundsatz bedurfte, ob in der Tat formalrechtliches Erfordernis der Eintragung des Einrückens der Goldmarkhypothek in den Rangvorbehalt für eine Roggenhypothek die Zustimmung des Gläubigers des zurücktretenden Rechtes war. Es wird mit Recht angenommen, daß die Umwandlung einer wertbeständigen Hypothek in eine gewöhnliche Hypothek oder in eine andere Art von wertbeständiger Hypothek der Zustimmung der nachstehenden Gläubiger bedarf, weil die Möglichkeit besteht, daß durch die Umwandlung der Umfang der Belastung erhöht wird. Das RG. wendet diesen Grundsatz auch auf den Fall an, daß von dem für ein wertbeständiges Recht bestehenden Rangvorbehalt für ein Recht anderer Art Gebrauch gemacht werden soll, weil infolge der Änderung des Wertmessers die Möglichkeit einer, über den Umfang des Rangvorbehaltes hinausgehenden Belastung des Grundbuchs gegeben sei. Diese Begründung würde zutreffen, wenn die Wirkung der Eintragung die wäre, daß eine Änderung des Umfanges des Rangvorbehaltes einträte, daß der Vorrang nicht in Höhe der Roggenhypothek, sondern der Goldmarkhypothek bestünde. Dies nimmt aber das RG. nicht an. Der Umfang des Rangvorbehaltes soll sich nach wie vor nach dem bei

[1]) JW. 1928, 1494.

als sie nicht über den Umfang des eingetragenen Rangvorbehaltes hinausgeht. Daß die Frage, inwieweit dies der Fall ist, erst bei der Verteilung des Erlöses im Zwangsversteigerungsverfahren eine endgültige Lösung finden kann, mag für den Inhaber der unter Ausnutzung des Rangvorbehaltes eingetragenen Hypothek gewisse Nachteile haben, wenn er z. B. Teilabtretungen ohne Rücksicht hierauf vornimmt. Der Inhaber des mit dem Rangvorbehalte belasteten Rechtes dagegen wird hierdurch nicht schlechter gestellt. Denn auch wenn eine wertbeständige Hypothek mit dem in dem Rangvorbehalte vorgesehenen Wertmesser eingetragen worden wäre, wäre deren währungsmäßiger Wert erst im Zwangsversteigerungsverfahren ermittelt worden. Diese Ungewißheit ist eben durch die Natur der wertbeständigen Hypothek bedingt.

Bei der Feststellung des Kapitalwertes einer dem Rangvorbehalt entsprechenden Roggenhypothek will der BerR. die in Titel IV §§ 13, 14 der Landschaftssatzung vorgesehenen Best., wonach der Geldwert eines Roggenpfandbriefdarlehns nach dem der letzten Zinszahlung zugrunde zu legenden Roggendurchschnittswert zu berechnen ist, deshalb nicht gelten lassen, weil der Vorrang nur für eine unverzinsliche Hypothek eingetragen gewesen sei. Daß ein landschaftliches Darlehen verzinslich ist, ergibt sich aber aus der Natur der Sache. Wenn daher der Grundstückseigentümer und der Inhaber der mit dem Vorrang belasteten Rechte einen Rangvorbehalt für ein landschaftliches Darlehen vereinbart haben, so bezog sich ihre Einigung auf eine verzinsliche Hypothek. Wenn nun auch die Verzinslichkeit in der Eintragung des Rangvorbehaltes nicht besonders zum Ausdruck kommt und insbes. der Zinssatz nicht angegeben ist, so konnte doch in entsprechender Anwendung des § 1119 Abs. 1 BGB. ohne Zustimmung des Inhabers der belasteten Rechte die Hypothek als verzinsliche mit einem Zinssatze von höchstens 5% unter Ausnutzung des Rangvorbehaltes eingetragen werden. Ob diese Möglichkeit dann nicht bestanden hätte, wenn die Hypothek als eine unverzinsliche vorbehalten gewesen wäre (vgl. RGR-Komm. § 881 Anm. 4), bedarf nach den vorstehenden Ausführungen für den vorl. Fall keiner Entsch. Ebensowenig kommt in Frage, ob der Grundbuchrichter die Eintragung des Rangvorbehaltes für die nach der Einigung der Parteien verzinsliche Roggenhypothek deshalb hätte ablehnen sollen, weil die Höhe der Zinsen nicht angegeben war (KGJ. 28, 258).

(U. v. 10. Febr. 1932; 293/31 V. — Königsberg.) [Sch.]

---

seiner Eintragung angegebenen Wertmesser bestimmen; es muß im Falle der Zwangsversteigerung ermittelt werden, welchen Kapitalwert die Menge Roggen hat, für die der Vorrang vorbehalten ist, und nur bis zur Höhe dieses Betrages wird der Vorrang der Goldmarkhypothek anerkannt. Es tritt also durch die Ausnutzung des Rangvorbehaltes für die Goldmarkhypothek keine Verschlechterung der Rechtslage des mit dem Rangvorbehalt belasteten Rechtes ein. Anders würde es sein, wenn der Inhalt des Rangvorbehalts geändert würde, wenn sein Umfang sich nicht mehr nach einer Menge Roggens, sondern nach einer Menge Feingoldes bestimmte. Ich meine daher, daß die vorgenommene Eintragung nicht wegen Fehlens der Zustimmung des Inhabers des mit dem Rangvorbehalt belasteten Rechts hätte abgelehnt werden dürfen. Dabei setze ich allerdings voraus, daß bei dem belasteten Rechte die auf Roggen lautende Eintragung wegen des Rangvorbehalts im Grundbuch stehengeblieben ist, und nur in Spalte Veränderungen bemerkt ist, daß dieser vorbehaltene Vorrang der Goldmarkhypothek eingeräumt sei. Eine Eintragung dieser Art hat die Wirkung, daß in bezug auf den Rang des Rechtes nebeneinander zwei Wertmesser maßgebend sind (Roggen und Feingold). Bedenken hiergegen bestehen nicht, da § 2 Ges. über wertbest. Hyp. ausdrücklich zuläßt, daß der Umfang eines wertbeständigen Rechts durch Verwendung zweier Wertmesser nebeneinander bestimmt werden kann. Auf diese Vorschrift verweist auch Schlegelberger in Anm. 1m und 1o zu § 1 Ges. über wertbest. Hyp., bei der Erörterung der Frage, inwieweit bei einer wertbeständigen Hypothek eine Forderungsauswechselung oder eine Umwandlung in eine Hypothek mit einem anderen Maßstab zulässig ist. In welcher Weise die Eintragung vorgenommen wird, ist auch insofern von materiellrechtlicher Wirkung als bei der von mir vorausgesetzten Art der Eintragung der gutgläubige Erwerber der Goldmarkhypothek ihren Vorrang nur in Höhe der Roggenhypothek in Anspruch nehmen kann, während bei einer anderen Art der Eintragung dem gutgläubigen Erwerber der Vorrang in voller Höhe der Goldhypothek gebühren würde.

Staatssekr. a. D. Wirkl. Geh. Rat Dr. Mügel, Berlin.

13. § 934 BGB. **Erlangung des Besitzes i. S. des § 934 Halbs. 2 ist die Erlangung mittelbaren Besitzes. Der Besitzmittler kann ohne Zustimmung des mittelbaren Besitzers mittelbaren Besitz auf einen Dritten übertragen. Hierdurch wird der mittelbare Besitz des ersten Besitzers zerstört.**†)

Die Bekl. hat an die Firma K. 890 Sack Zucker verkauft. Die Bekl. behielt sich das Eigentum an der Ware bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises vor, jedoch war der Käuferin gestattet, die Ware weiter zu veräußern oder zu verarbeiten.

Der Zucker war bei der Firma P. eingelagert worden. An dieser Ware will die Kl. das Eigentum erworben haben auf Grund folgender Vorgänge: Die Nebenintervenientin des Kl. habe der Firma K. gegen Übertragung des Eigentums an den 890 Sack ein Darlehen gewährt. Die Eigentumsübertragung sei durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen die Firma P. erfolgt. Auch habe die Firma P. der Nebenintervenientin einen „Namenslagerschein" über jene 890 Sack Zucker ausgestellt. Sodann habe die Kl. der Nebenintervenientin ein entspr. Darlehen gewährt und von ihr das Eigentum an der Ware dadurch übertragen erhalten, daß sie 1930 der Kl. ihre Ansprüche auf deren Herausgabe abgetreten habe, und daß die Firma P. durch Schreiben an die Kl. bestätigt habe, sie halte die Ware auf ihrem Lager für die Kl. unter Verschluß und zu deren alleiniger Verfügung und verpflichte sich, „dieselben ganz oder teilweise nur gegen von Ihnen ausgestellten Lieferschein bzw. unsere Lagerscheine herauszugeben". Die Bekl. ist in allen Instanzen unterlegen.

Die Auffassung des BerR., die Nebenintervenientin habe gem. §§ 934, 931 BGB. das Eigentum an der streitigen Menge Zucker erworben und dieses dann nach § 931 BGB. auf die Kl. übertragen, ist im Ergebnis zu billigen.

Der Vorderrichter legt zunächst dar, die Firma K. sei, da sie der Bekl. die Ware noch nicht bezahlt gehabt habe, weder Eigentümerin noch mittelbare Besitzerin des bei der Firma P. von der Bekl. eingelagerten Zuckervorrats geworden. Daraus wird zutreffend gefolgert, daß für den Eigentumserwerb der Nebenintervenientin nicht § 934 Halbs. 1, sondern Halbs. 2 in Betracht kommen könne.

Da der Besitzerwerb der Nebenintervenientin nur in der Erlangung des mittelbaren Besitzes an dem streitigen, im Gewahrsam und unmittelbaren Besitz der Lagerfirma P.

Zu 13. Der Entsch. des Senats, wonach die Nebenintervenientin das Eigentum am Zucker gem. § 934 BGB. erlangt hat, stimme ich im Ergebnis zu. Gegen einige Gründe habe ich Bedenken. Insbes. scheint mir der für die Entsch. des Rechtsstreits bedeutungsvollste Satz, daß durch die Begründung eines neuen mittelbaren Besitzmittlungsverhältnisses stets und unter allen Umständen der bisherige mittelbare Besitz zerstört wird, in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend zu sein. Der erk. Sen. hat freilich selbst eine sehr bedeutsame Einschränkung gemacht, indem er sagt, daß zum mindesten diejenigen, für die der Besitz vermittelt werden soll, nicht in unvereinbarem Gegensatz zueinander stehen dürfen. Aber es wird nicht recht deutlich, ob das Gericht damit die Möglichkeit eines mittelbaren „Nebenbesitzes" mehrerer einräumen will.

Insoweit jener erwähnte Satz aus der Wortfassung des BGB. gefolgert wird, kann die Argumentation des RG. nicht überzeugen, denn auch sonst verwendet das Gesetz (selbstverständlich) den bestimmten Artikel bei der Normierung eines Rechtsinstitutes, ohne daß damit die Rechtszuständigkeit mehrerer Subjekte ausgeschlossen sein sollte. Ebensowenig überzeugt die zum Eigentum gezogene Parallele, denn gerade hier gibt es zweifellos die Berechtigung mehrerer nebeneinander, ohne daß die mehreren in irgendeinem Zeitpunkt durch das Band einer besonderen rechtlichen Beziehung aneinander gekettet zu sein brauchten: übereignet z. B. der unmittelbar besitzende Nichteigentümer die Sache des A. zur Hälfte dem redlichen B., so sind A. und B. je zu einhalb Miteigentümer geworden. Gleichermaßen haben die inneren Gründe, auf die der Senat sich beruft, nicht viel Gewicht. Die Rechtsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB. würde freilich im Verhältnis der mehreren mittelbaren Besitzer zueinander i. d. R. paralysiert sein, jedoch Dritten gegenüber zugunsten des mittelbaren Besitzers durchgreifen, der Gelegenheit findet, sich im Verfahren darauf zu berufen; außerdem bringt die zeitliche Folge des Besitzstandes eine gewisse Ordnung in die Beziehungen.

M. E. kann die Frage nur aus dem § 868 BGB. beantwortet werden, der die Voraussetzungen für das Bestehen des mittel-

verbliebenen Zuckervorrat bestehen konnte, so ist vorweg zu fragen, ob die Begründung mittelbaren Besitzes ausreicht zur Erfüllung des gesetzlichen Erfordernisses, daß der Erwerber den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt habe, Der Vorderrichter hat die Frage mit Recht bejaht. Der erk. Sen. hat schon wiederholt in diesem Sinne Stellung genommen (RG.: Gruch. 53, 692; JW. 1908, 717; RG. 89, 348 [349]; JW. 1926, 800). Das vom BG. herangezogene Schrifttum teilt diese Meinung, so daß sie als allgemein herrschend bezeichnet werden darf. Auch *Martin Wolff* erhebt in seinem von der Rev. verwerteten Rechtsgutachten hiergegen keinen Widerspruch. Die Frage, ob die Nebenintervenientin und nach ihr die Kl. durch die von der Firma P. ihnen gegenüber abgegebenen und von ihnen widerspruchslos entgegengenommenen Erklärungen den mittelbaren Besitz an dem — bis dahin im mittelbaren Besitze der Bekl. befindlichen — Zuckervorrat haben erlangen können, entscheidet das BG. gleichfalls zugunsten der Klage. Auch diese Stellungnahme wird von dem *Wolff*schen Gutachten nicht beanstandet. In der Tat sind auch keine rechtlichen Bedenken dagegen zu erheben. RG. 89, 349/50 hat schon angenommen, daß der Besitzmittler durch Begründung eines neuen, dem § 868 BGB. entsprechenden Verhältnisses dem daran Beteiligten den mittelbaren Besitz zu verschaffen vermag, ohne Rücksicht darauf, ob derjenige, der vorher den mittelbaren Besitz an der Sache erlangt hatte, davon erfährt und dem zustimmt. Nach dem damals zu beurteilenden Sachverhalt hatte bei der Schaffung des neuen Besitzmittlungsverhältnisses ebenfalls eine Person mitgewirkt, die sich — wie im vorl. Falle die Firma K. — als mittelbarer Besitzer benahm, ohne es in Wirklichkeit zu sein. Dieselbe Rechtsauffassung liegt RG.: JW. 1926, 800 und RG. 119, 152 = JW. 1928, 398 zugrunde. Der RFH. hat freilich (RFH. 2, 243 [245]) ausdrücklich ausgesprochen, der mittelbare Besitz könne ohne Mitwirkung des mittelbaren Besitzers nicht auf einen anderen übertragen werden. Diese Entsch. faßt aber lediglich den Fall ins Auge, daß der bisherige mittelbare Besitzer diese seine Rechtsstellung auf einen anderen übertragen will. Hierfür ist allerdings im § 870 BGB., den der RFH. heranzieht, der Weg der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache gewiesen. Unabhängig davon besteht aber kraft der allgemein anzuerkennenden VertrFreiheit für den Besitzmittler stets die rechtliche Möglichkeit, ein neues Besitzmittlungsverhältnis mit einem anderen einzugehen. Soweit der RFH. (a. a. O. S. 246) dies unter Hinweis auf § 868 BGB. verneint, vermag seine Darlegung nicht zu überzeugen. Wie *Planck-Brodmann*, 5. Aufl., § 868 Anm. 4 b β zutreffend ausführt, liegt die Voraussetzung, von welcher § 868 den mittelbaren Besitz abhängig macht, gerade darin, daß der unmittelbare Besitzer die Sache *als* Nießbraucher, Mieter usw. besitzt; durch diese Wortfassung wird ein subjektives Erfordernis aufgestellt, und es hängt mithin lediglich von der Willensentschließung des unmittelbaren Besitzers ab, ob und wie lange er diesem Erfordernis genügen will.

In enger Verbindung hiermit steht sodann die für die Entsch. bedeutendsvollste Frage, ob durch die Begründung des neuen Besitzmittlungsverhältnisses derjenige mittelbare Besitz zerstört wird, der bis dahin bestand. Würde diese Frage dahin beantwortet, daß die Entstehung des neuen mittelbaren Besitzes den Untergang des bisherigen stets und unter allen Umständen nach sich zieht, so wäre klar, daß das Erfordernis des § 934 BGB. (Halbs. 2), der Erwerber müsse den — mittelbaren — Besitz der Sache von dem Dritten (Besitzmittler) erlangt haben, für die Nebenintervenientin erfüllt wäre; denn es käme dann überhaupt kein anderes Besitzverhältnis mehr in Betracht, insbes. kein mittelbarer Besitz der Bekl. Diesen Standpunkt nimmt hilfsweise auch der BerR. ein. Wäre aber der Zweifel i. S. eines Fortbestandes des mittelbaren Besitzes der Bekl. an dem streitigen Zuckervorrat zu lösen, dann würde sich die weitere Frage erheben, ob ein „gleichstufiger" mittelbarer Besitz der Nebenintervenientin zur Besitzerlangung, wie sie § 934 Halbs. 2 fordert, ausreicht — eine Frage, die der Vorderrichter bejaht, während sie von der Rev. und dem Gutachten von *Martin Wolff* verneint wird.

RG. 119, 153/54[1]) hat ausgesprochen: „Zur Erlangung des mittelbaren Besitzes einer Sache genügt die Begründung eines Rechtsverhältnisses der in § 868 BGB. bezeichneten Art. Hat der unmittelbare Besitzer, obwohl er einem anderen gegenüber zum Besitz einer Sache gem. § 868 berechtigt oder verpflichtet war, wegen dieser Sache mit einem Dritten ein ebensolches Rechtsverhältnis begründet, demzufolge er nunmehr den Besitz für diesen ausüben will, so ist dadurch der Besitzstand des früheren mittelbaren Besitzers beseitigt worden (RGRKomm. § 868 Anm. 6). Ob dies mit Recht oder Unrecht geschah, ist für den tatsächlichen Besitzerwerb des Dritten ohne Bedeutung." Damit hat der Sen. bereits deutlich kundgegeben, daß er die erstere Ansicht teilt. Ein Grund, von dieser Meinung abzugehen, ist nicht anzuerkennen.

Die Anschauung entspricht durchaus dem Ges. Vorangeschickt sei hier, daß im Besitzrecht des BGB. keine Vorschr. des Inhalts enthalten ist, die Beendigung des mittelbaren Besitzes an einer in der tatsächlichen Gewalt des Besitzmittlers verbleibenden Sache setze voraus, daß der letztere seine Willensänderung gegenüber dem mittelbaren Besitzer erkläre. Im ersten Entw. des BGB. (§ 813 Abs. 2) war eine solche Best. vorgesehen, sie ist jedoch nicht Ges. geworden (vgl. Prot. II 3 S. 227 ff.). Ein solches Erfordernis hätte aber ausdrücklicher Festsetzung im Ges. bedurft; aus allg. Gesichtspunkten läßt es sich nicht herleiten. Demnach genügt eine Handlung, die der unmittelbare Besitzer demjenigen gegenüber vornimmt, für den er das neue Besitzmittlungsverhältnis begründen will. Freilich ist dazu eine bestimmte, äußerlich feststellbare Handlung oder Erklärung erforderlich (*Planck-Brodmann* a. a. O.; RGRKomm., 6. Aufl., § 868 BGB. Anm. 6). In dieser Hinsicht bestehen jedoch im vorl. Fall keinerlei Bedenken. Im übrigen ist grundsätzlich folgendes zu sagen. Überall wo im BGB., namentlich im 1. Abschn. und im 3. Titel des 3. Abschn. des Sachenrechts, vom Besitz die Rede ist, wird mit bestimmtem Artikel von „dem Besitz" gesprochen, nicht etwa von „einem Besitzverhältnis". Schon dadurch wird deutlich bezeugt, daß sich das Ges. den Besitz als eine ausschließliche Gewalt über die Sache vorstellt, nicht anders wie es beim Eigentum der Fall ist (§ 903 BGB.). Gibt es an einer Sache nur *den* Besitz, also *einen* Besitz, so kann es auch nur *einen* Besitzer geben; dieser Satz würde als Ausfluß des § 854 BGB. allgemein gelten, wenn nicht in dem durch diesen Paragraphen eingeleiteten Abschn. gewisse Sondervorschr. getroffen wären. So sieht § 866 BGB. den Fall des gemeinschaftlichen Mitbesitzes mehrerer Personen vor. Im § 868 wird dann bestimmt, daß bei Bestehen eines Rechtsverhältnisses der dort angegebenen Art auch der andere (mittelbarer) Besitzer sein soll; wäre dies nicht beson-

---

baren Besitzes aufstellt, so daß er also endet, wenn eine von ihnen wegfällt. § 868 BGB. verlangt für das *Bestehen* des mittelbaren Besitzes, daß der Besitzmittler die Sache „als" Träger eines der dort genannten Verhältnisse besitze, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Mit dieser Formulierung ist ein auf das äußere Verhalten des Besitzmittlers abgestelltes Element in die Erfordernisse des mittelbaren Besitzes gelegt. Es bedeutet nicht nur (negativ), daß das erwähnte Verhältnis als ein gültiges nicht zu existieren braucht, wenn nur der Besitzmittler so besitzt, wie wenn es existierte, sondern es besagt ferner (positiv), daß die objektiv-rechtsgültige Existenz des Verhältnisses nicht ausreicht, vielmehr der Besitzmittler außerdem so besitzen muß, daß sein Besitz Ausdruck des den Besitz vermittelnden Verhältnisses ist. Im vorliegenden Falle hat die Lagerfirma P., die für die Bekl. verwahrte, der Nebenintervenientin einen „Namenslagerschein" über den eingelagerten Zucker ausgestellt und damit ohne Zweifel diese zur mittelbaren Besitzerin gemacht. Es fragt sich, ob die Lagerfirma P. trotzdem noch weiter „als Verwahrerin" für die Bekl. besessen hat. Die Frage ist zu verneinen. „Als Verwahrer" für A. besitzt B. nicht mehr, wenn er ein Verhalten an den Tag legt, das nach der Verkehrsanschauung mit seiner Funktion, dem A. eine (wenn auch gelockerte) Sachherrschaft zu vermitteln, in Widerspruch steht. Das ist sicher der Fall, wenn er ausdrücklich erklärt, *nur* noch für einen Dritten verwahren zu wollen (so hier die Lagerfirma gegenüber der Kl.; s. unten). Aber m. E. auch dann, wenn überhaupt mit einem anderen ein Verhältnis begründet wird, das mangels einer entgegenstehenden Vereinbarung nur die Bedeutung haben kann, diesem eine *ausschließliche* mittelbare Sach-

[1]) JW. 1928, 398.

ders verordnet, so hätte nach der Grundregel des § 854 BGB. allein der unmittelbare Besitzer als Besitzer zu gelten. Endlich wird im § 871 BGB. die Möglichkeit eröffnet, daß in weiterer, auf dieselbe Wurzel zurückgehender Staffelung auch noch andere mittelbare Besitzer sein können. Damit ist aber der Kreis derjenigen Personen geschlossen, die am Besitz einer einheitlichen Sache beteiligt sein können; denn die Schaffung anderer rechtlicher Gestaltungen im Wege der Vereinbarung ist nach allg. Grundsätzen des Sachenrechts unstatthaft. Die mehreren Besitzer müssen entweder durch das Band einer gemeinschaftlichen rechtlichen Beziehung aneinander gekettet sein (Mitbesitz) oder ihre Beteiligung muß — sei es nur in einer Verbindung, sei es in mehreren aufeinander folgenden Stufen von Verbindungen — auf einem Verhältnis der im § 868 BGB. gedachten Art aufgebaut sein (mittelbarer Besitz). Dagegen ist der Gedanke, daß durch mehrere, voneinander unabhängige Besitzmittlungsverhältnisse mehrere Personen nebeneinander durch Verbindung mit demselben Besitzmittler einen „gleichstufigen" mittelbaren Besitz an einer Sache erlangen und gleichzeitig behaupten könnten, dem Ges. offenbar fremd. Es kennt auch nur einen mittelbaren Besitz und drückt sich auch hier dementsprechend aus (§§ 869, 871: der mittelbare Besitzer, § 870: der mittelbare Besitz). Namentlich die Wortfassung des § 870 ist bezeichnend: hätte man die Möglichkeit mehrerer Besitzverhältnisse aus gesonderten Beziehungen zu demselben Besitzmittler berücksichtigen wollen, so wäre an Stelle von „Der mittelbare Besitz" der Ausdruck: „Ein mittelbares Besitzverhältnis" am Platze gewesen.

Aber auch innere Gründe sprechen dafür, daß Einheitlichkeit und Ausschließlichkeit in dem dargelegten Sinne für den mittelbaren Besitz gefordert werden müssen. Wennschon es dem unmittelbaren Besitzer freisteht, seinerseits ein neues Besitzmittlungsverhältnis zu schaffen, so kann ihm doch nicht die Befugnis zuerkannt werden, die dadurch eintretenden Rechtsfolgen von sich aus zu bestimmen und dabei in die grundsätzliche Ausschließlichkeit des Besitzes einzugreifen. Stände es in seinem Belieben, mehrere nebeneinander — vielleicht während längerer Zeit — herlaufende mittelbare Besitzberechtigungen zu begründen, so würde dadurch unzweifelhaft große Rechtsunsicherheit erzeugt. Es wäre z. B. ganz unklar, welchem der mittelbaren Besitzer die im § 1006 BGB. geordnete Eigentumsvermutung zugute kommen sollte. Deshalb muß § 868 BGB. dahin ausgelegt werden, daß der unmittelbare Besitzer die Besitzvermittlung nur in der Richtung auf einen anderen, d. h. auf eine bestimmte Person oder Personengemeinschaft betätigen und nur diese zum mittelbaren Besitzer machen darf; zum mindesten dürfen diejenigen, für die er den Besitz vermitteln will, nicht in unvereinbarem Gegensatz zueinander stehen. Ein solcher Gegensatz wäre aber stets dann vorhanden, wenn — wie hier — jeder Beteiligte den alleinigen mittelbaren Besitz beansprucht. Räumt also der unmittelbare Besitzer durch eine bestimmte, äußerlich hinreichend feststellbare Handlung den mittelbaren Besitz, der vorher für A. begründet worden war, nunmehr dem B. ein, so muß er in allen Fällen des gekennzeichneten unvereinbaren Gegensatzes die Rechtsfolge in den Kauf nehmen, daß damit der mittelbare Besitz des A. erlischt, einerlei ob der unmittelbare Besitzer dies beabsichtigt hat oder nicht. Auf dessen Willensentschließung kann es insoweit in keiner Weise abkommen; es ist wiederum darauf hinzuweisen, daß im Sachenrecht, im Gegensatz zum Recht der Schuldverhältnisse, für eine den GesRahmen überschreitende freie Ausgestaltung der rechtlichen Verhältnisse kein Raum ist. Die Verschiedenheit dieser Rechtsgebiete tritt hier auch darin hervor, daß zwar die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen dem ursprünglichen mittelbaren Besitzer und dem Besitzmittler weiterhin unverändert fortbestehen, daß aber sachenrechtliche Wirkungen dieses schuldrechtlichen Verhältnisses nicht mehr stattfinden können (vgl. Planck-Brodmann a. a. O. S. 93/94).

Der Rechtsstreit zeigt zudem, daß eine rechtliche Anerkennung nebeneinander bestehender und sich entgegenstehender Besitzverhältnisse mit verschiedener Wurzel (i. S. des § 868 BGB.) sehr zweifelhafte Fragen mit sich brächte, deren Lösung zu unannehmbaren Gestaltungen führen würde. Denn nach dem Gutachten von Martin Wolff v. 7. Mai 1931 soll solchenfalls der dem zweiten mittelbaren Besitzer verschaffte Besitz nicht ausreichen, um der Anforderung der Besitzerlangung zu genügen, wie sie § 934 Halbs. 2 BGB. aufstellt. Damit würde dieser Besitz zu einem Besitze zweiten Ranges gestempelt, der an Kraft dem Besitze ersten Ranges nachstände — Unterscheidungen, die offensichtlich dem Besitzrecht der §§ 854 ff. BGB. völlig fremd sind.

Die in RG. 119, 153/54[2]) ausgesprochenen, vorher mitgeteilten Sätze sind hiernach aufrechtzuerhalten. Sie stehen auch mit der sonstigen reichsgerichtlichen Rspr. durchaus im Einklang. RG. 68, 386 (389[3])) hat unter Hinweis auf §§ 861, 869 BGB. und auf Planck § 869 1 a dargelegt, daß der mittelbare Besitzer nur dann den Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes habe, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz gegen seinen — des unmittelbaren Besitzers — Willen verloren habe; dem liegt offenbar die Anschauung zugrunde, daß dem mittelbaren Besitzer seine Rechtsbehelfe verlorengehen, wenn der unmittelbare Besitzer Willensentschließungen faßt, die auf Änderung der Besitzverhältnisse abzielen. RG. 89, 348 beruht durchaus auf der Meinung, daß mit der Begründung des mittelbaren Besitzes für die damaligen Bekl. derjenige mittelbare Besitz an den streitigen Klavieren, der bis dahin der Kl. zugestanden hatte, erloschen war und keinerlei rechtliche Befugnisse mehr gewähren konnte. Namentlich kommt ferner RG. 105, 413 in Betracht. Dort wurde zunächst entschieden, daß der mittelbare Besitz dann endet, wenn der unmittelbare Besitzer seinen Besitz freiwillig aufgibt; außerdem wurde aber auch der Fall erörtert, daß durch denselben Besitzmittler neuer mittelbarer Besitz für einen anderen — den pfändenden GVollz. — begründet wurde. Dazu ist a. a. O. S. 415 ausgeführt: „Schl. & U. waren allerdings vor wie nach der Pfändung unmittelbare Besitzer der 500 kg Bromkali, aber vor der Pfändung besaßen sie diese für den Kl., nach der Pfändung für den GVollz. und nur für diesen. Die Möglichkeit, daß Schl. & U. nach der Pfändung etwa zugleich für den Kl. und für den GVollz. den Besitz ausgeübt hätten, ist nicht gegeben. Sie wird durch das Rechtsverhältnis, in welchem Schl. & U. zu dem GVollz. standen, schlechthin ausgeschlossen. Dem GVollz. gegenüber waren Schl. & U. verpflichtet, die Ware jederzeit

herrschaft zu verschaffen. So liegt es hier, und das deutet der Senat mit der oben erwähnten Einschränkung von dem unvereinbaren Gegensatz derjenigen an, für die der Besitz vermittelt werden soll. Selbstverständlich vermag, wie das RG. zutreffend bemerkt, der Besitzmittler die ihm obliegenden schuldrechtlichen Bindungen durch sein Vorgehen nicht abzustreifen.

Daneben aber sind doch Fälle denkbar, wo man zu einem anderen Ergebnis gelangen muß: z. B. wenn A., der bisher für B. verwahrt hat, auf Grund einer (unwahren) Mitteilung des C., er sei Miteigentümer des B. geworden, erklärt, er werde nunmehr die hinterlegten Sachen auch für den C. verwahren. Hier haben B. und C. beide mittelbaren Besitz, wie wenn sie Miteigentümer wären; man kann nicht sagen, daß A. infolge seines Verhaltens aufgehört hat, „als Verwahrer" für den B. zu besitzen. Er besitzt nur nicht mehr für ihn allein.

Aber selbst wenn man im Gegensatz zu diesen Ausführungen mittelbaren Nebenbesitz der Bekl. und der Nebenintervenientin annähme und deren Eigentumserwerb nach § 934 BGB. ablehnte, so müßte man doch Eigentumserwerb der Kl. in analoger Anwendung dieser Bestimmung bejahen. Denn gegenüber der Kl. hat die Lagerfirma P. ausdrücklich erklärt, sie halte die Ware zu ihrer alleinigen Verfügung usw. Damit ist, wie schon oben bemerkt, gem. § 868 BGB. der mittelbare Besitz der Bekl. unleugbar beendet. Genau wie der unmittelbare Besitzer durch entsprechendes Verhalten sich selbst zum Eigenbesitzer machen (§ 872 BGB.) und damit den mittelbaren Besitz des A. beenden kann, so muß er dies auch dadurch bewirken können, daß er unzweideutig zum Ausdruck bringt, er wolle nicht mehr für A., sondern nur noch für B. besitzen. Die redliche Kl. hat den (mittelbaren) Alleinbesitz durch den unmittelbaren Besitzer erlangt, nachdem ihr der der Nebenintervenientin zustehende aber auch hier zum Eigentumserwerb nach § 934 BGB. nicht ausreichende mittelbare Nebenbesitz nach vollzogener Einigung abgetreten war. Dieser Fall muß ebenso behandelt werden, wie der in § 934 BGB. geregelte, bei dem der Veräußerer überhaupt keinen mittelbaren Besitz hat.

Das Ergebnis des Urt. ist also jedenfalls richtig.

Prof. Dr. Hans Dölle, Bonn a. Rh.

[2]) JW. 1928, 398. [3]) JW. 1908, 417.

zur Veräußerung herauszugeben. Damit ließ sich die Pflicht, die Ware für den Kl. zu verwahren, nicht vereinigen." Diese Schlußfolgerungen sind nicht auf den Fall der Pfändung der in mittelbarem Besitz befindlichen Sachen zu beschränken. Schließlich geht auch RG.: JW. 1926, 800 von der Anschauung aus, daß der für die Kl. jenes Rechtsstreits neu begründete mittelbare Besitz denjenigen mittelbaren Besitz beseitigte, der vordem für die Bekl. bestanden hatte.

Der BerR. erhebt Bedenken gegen die in RG. 119, 153 ausgesprochene Ansicht im Anschluß an Manigk: JW. 1928, 398 und die dort verwertete Meinungsäußerung von Martin Wolff: Sachenrecht 1927 § 8 S. 26. Diese Bedenken, die auch in den Wolffschen Gutachten wiederkehren, können nicht als stichhaltig anerkannt werden. Die Heranziehung des Gesamtgläubigerverhältnisses trägt in die sachenrechtliche Erörterung unzulässigerweise schuldrechtliche Gesichtspunkte hinein. Zu Unrecht wird auch darauf Wert gelegt, ob die mehreren mittelbaren Besitzer voneinander wissen oder nicht. Dieser Punkt ermangelt jeder Bedeutung. Wenn nach § 857 BGB. der mittelbare Besitz auf mehrere Personen als Miterben übergeht, so liegt ein einheitlicher, auf demselben Rechtsverhältnis (§ 868 BGB.) beruhender mittelbarer Besitz vor, auch dann, wenn jeder der Erben glaubt, er sei Alleinerbe und Alleinbesitzer, und vom Vorhandensein der Mitbeteiligten nichts weiß. Denn hier besteht dennoch das die Miterben vereinigende rechtliche Band, und dies allein ist das Entscheidende. In jedem Falle solcher Art handelt es sich um Mitbesitz i. S. des Ges., der mit der von Wolff und Manigk versuchten rechtlichen Konstruktion, die der letztere als „Besitzspaltung" bezeichnet, nichts zu tun hat.

Wenn sodann die Rev. noch geltend macht, auch im Falle des § 934 Halbs. 2 müsse der abzutretende Herausgabeanspruch dem Veräußerer wirklich zustehen, der gute Glaube des Erwerbers reiche insoweit nicht aus, so genügt zur Ablehnung dieses Angriffs der Hinweis auf die entgegenstehende Rspr. (RG. 89, 349/50; JW. 1926, 800 [801]).

(U. v. 5. Febr. 1932; 219/31 VII. — Hamburg.) [Ku.]
<= RG. 135, 75.>

**14. §§ 1113, 1115 BGB.; § 28 GBO. Zulässigkeit der Hinzufügung der sog. „Schwankungsklausel" zu einer eingetragenen Goldmarkhypothek ohne Zustimmung des nacheingetragenen Berechtigten.†)

Der Vorlegungsbeschluß des OLG. unterbreitet dem RG. zur Entsch. die Frage, ob einer eingetragenen GMHypothek (1 GM. = $^1/_{2790}$ kg Feingold) die sog. Schwankungsklausel auch nachträglich ohne Zustimmung nacheingetragener Berechtigter hinzugefügt werden kann. Die sog. „Schwankungsklausel" verfolgt den Zweck, in bestimmten Grenzen die Betragsschwankungen auszuschließen, die sich bei wertbeständigen Grundstücksbelastungen nach dem Ges. v. 23. Juni 1923 daraus ergeben, daß sich die Höhe der aus dem Grundstück (in Reichswährung) zu zahlenden Geldsumme nach dem amtlich festgestellten oder festgesetzten Preis einer bestimmten Menge der als wertbeständig zugrunde gelegten Ware (oder Leistung), bei Goldmarkbelastungen des Feingoldes bestimmt. Es ist nun zwar unbestreitbar, daß ein solcher Schwankungsausschluß im Einzelfalle die Haftung des Grundstücks gegenüber dem Betrage, der sich bei unbehinderter Auswirkung der Preisschwankungen der Umrechnungsgrundlage ergeben würde, erweitern kann, dann nämlich, wenn der Preis unter den Normalsatz, beim Feingold unter 2790 *RM* je kg fällt, wenn daher die GM. (= $^1/_{2790}$ kg Feingold) unter die *RM* sinkt, weil für 1 kg Feingold weniger als 2790 *RM* aufgewendet werden müssen, und weil infolgedessen die Best., daß gleichwohl für jede geschuldete GM. eine *RM* zu entrichten ist, den Umfang der Grundstücksbelastung gegenüber der sich bei uneingeschränkter Anwendung des § 1 Ges. v. 23. Juni 1923 ergebenden erhöht. Es ist dem vorlegenden OLG. auch zuzugeben, daß grundsätzlich eine nachträgliche Erweiterung des Kapitalbetrags eingetragener Grundstücksbelastungen jedenfalls ohne die Zustimmung der nachstehenden Berechtigten nicht zulässig ist. Dennoch sprechen überwiegende Gründe dafür, die nachträgliche Beifügung der Schwankungsklausel in den hier in Betracht kommenden engen Grenzen für statthaft zu erklären, ohne sie an die Zustimmung der nachstehenden Berechtigten zu binden.

Mit der gesetzlichen Zulassung wertbeständiger Hypotheken war von dem Grundsatz, daß die Grundstücksbelastung in einer bestimmten Geldsumme deutscher Reichswährung anzugeben und einzutragen sei (§§ 1113, 1115 Abs. 1 BGB., § 28 Satz 2 GBO.), abgewichen worden. Der Belastungsumfang ergab sich bei wertbeständigen Hypotheken nunmehr nicht aus einer eingetragenen Summe deutscher Reichswährung, sondern erst auf Grund einer Umrechnung nach dem jeweils maßgebenden Preise des zugrunde gelegten Maßstabs. Werden nun die hiernach gegebenen Schwankungen des Belastungsumfangs durch die sog. Schwankungsklausel in gewissen Grenzen ausgeschlossen, so bedeutet dies eine Wiederannäherung an den ursprünglich geltenden Bestimmtheitsgrundsatz des BGB. Auch begründet die Einfügung der Schwankungsklausel niemals eine Erweiterung des Belastungsumfangs über die schon nach der ursprünglichen Eintragung möglichen Schwankungen hinaus. Nur innerhalb des Bereichs, innerhalb dessen schon von vornherein der Belastungsumfang steigen oder fallen konnte, werden in bestimmten engen Grenzen Schwankungen der Umrechnungsgrundlage, hier des

Zu 14. Die Entsch. ist für die Hypothekenpraxis von großer Bedeutung. Sie ist auch insofern zu begrüßen, als sie den Verkehr von formalen Fesseln befreit. Immerhin erscheint ihre Begründung aber nicht durchwegs überzeugend. Jedenfalls gilt dies von der Berufung auf die gesetzlichen Bestimmungen in der VO. v. 28. Juli 1926 und im GBVereinG. Es ist grundsätzlich ein ganz erheblicher Unterschied, ob ein Einbruch in das gesetzliche Bestimmtheitsprinzip durch ein Reichsgesetz oder durch Vereinbarung der Vertragsparteien vorgenommen wird. Auch die Ausführung, daß die Schwankungsklausel im Grunde nur eine Wiederannäherung an den ursprünglich geltenden Bestimmtheitsgrundsatz des BGB. bedeute, ist nicht unbedenklich. Der Bestimmtheitsgrundsatz kann entweder formal oder materiell ausgestaltet werden. Das BGB. versteht ihn in formaler Weise, indem es die Eintragung einer bestimmten Geldsumme verlangt. Infolge der unerhörten Schwankungen des Geldwertes im Verlauf der Inflation hatte sich der Begriff der formalen Bestimmtheit von dem der materiellen Bestimmtheit völlig gelöst. Das Gesetz über wertbeständige Hypotheken schuf nunmehr im Interesse des wirtschaftlichen Verkehrs die Möglichkeit, eine Hypothek in Höhe eines materiell bestimmten Wertes zu begründen. Allerdings hat es sich erwiesen, daß diese materielle Bestimmtheit von sehr prekärer Natur ist. Bald erkannt wurde dies bei Forderungen, deren Höhe sich nach dem Wert bestimmter Waren (Roggen u. dgl.) richten sollte, da diese Werte schnellen und erheblichen Schwankungen unterworfen sind. Aber auch der Goldwert hat sich gerade in den letzten Jahren als wenig stabil erwiesen. Von einer wirklichen materiellen Bestimmtheit kann daher auch bei wertbeständigen Hypotheken nicht ohne Einschränkung gesprochen werden. Trotzdem besteht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der formal bestimmten Hypothek i. S. des BGB. und der cum grano salis materiell bestimmten wertbeständigen Hypothek. Es erscheint daher bedenklich, einen Einbruch in den Grundsatz der materiellen Bestimmtheit bei wertbeständigen Hypotheken damit zu rechtfertigen, daß dieser Einbruch eine Annäherung an den Grundsatz der formalen Bestimmtheit i. S. des BGB. bedeute. Vielmehr wird im Interesse der Rechtsklarheit gefordert werden müssen, daß die beiden Formen der Hypothek streng auseinandergehalten werden. Die Belastung muß daher entweder durch Angabe eines bestimmten Betrages in Währungsgeld oder einer bestimmten Menge zugelassener Waren, zu denen auch das Gold gehört, spezifiziert werden. Die Zulassung einer Synthese beider Bestimmtheitsgrundsätze durch Parteivereinbarung könnte in der Allgemeinheit jedenfalls nicht gebilligt werden. Im vorliegenden Falle wird die Entsch. im wesentlichen durch die Erwägung getragen, daß die Schwankungsklausel einerseits nur einen geringen Bruchteil der Haftungssumme ergreift und andererseits die Schwankungen in gleicher Weise nach oben wie nach unten zum Gegenstand hat. Es liegt daher gewissermaßen ein Unschädlichkeitszeugnis vor, das den Eingriff in das Recht der nachfolgenden Gläubiger rechtfertigt. Immerhin ist dieser Eingriff nicht so ganz geringfügig. Es kommen sehr wohl Fälle vor, in denen z. B. die erste Hypothek sich auf 100 000 *M*, die zweite Hypothek sich auf 10 000 *M* beläuft. In einem solchen Falle würde auf Grund der Schwankungsklausel eine Schädigung des zweiten Gläubigers um 1000 *M*, d. h. um 10% seiner Forderung möglich sein. Die Schwankungsklausel des vorliegenden Falles dürfte daher doch wohl die oberste Grenze eines derartigen Eingriffs darstellen.

RA. Dr. Ernst Hagelberg, Berlin.

Feingoldpreises, außer Berücksichtigung gelassen. Bei dieser Regelung erweist sich aber wiederum das Interesse nachstehender Berechtigter insofern gewahrt, als Preisschwankungen nach oben wie nach unten gleichmäßig beachtet werden, so daß der Schwankungsausschluß ebensowohl und in demselben Maße zu einer Minderung wie zu einer Erweiterung des Belastungsumfangs führen kann. Die Zulassung der Schwankungsklausel in den hier in Betracht kommenden Grenzen von im Höchstfalle wenig mehr als 1% des Kapitalbetrags kann sich ferner auf den gesetzlichen Vorgang in der Vorschr. des Art. I § 5 Abs. 2 VO. v. 28. Juli 1926 berufen, wo die Hypothekenbanken für ihre Liquidationshypotheken, bei entsprechender Bestimmung für ihre Liquidationsgoldpfandbriefe, zum Ausschluß der Schwankungen des Feingoldpreises in denselben Grenzen sogar ohne die Zustimmung des Grundstückseigentümers ermächtigt worden sind (vgl. auch § 6 Abs. 3 das., sowie neuerdings § 5 GBVereinG. v. 18. Juli 1930 [RGBl. I, 305]). Die Nichtberücksichtigung so unbedeutender Schwankungen, wie sie sich regelmäßig ergeben, wenn der Feingoldpreis innerhalb der Grenzen von 2820 und 2760 *RM* je kg bleibt, entspricht schließlich einem praktischen Bedürfnis. Zwar ist es richtig, daß im Einzelfall bei hohen Grundstücksbelastungen, wie in dem Fall KG. v. 17. April 1930, 1 X 185/30: HöchstRRspr. 1930 Nr. 1511 sich absolut ein nicht unbeträchtlicher Unterschied des Belastungsumfangs ergeben kann. Aber das Verhältnis zum Kapitalbetrage bleibt auch in solchem Falle das gleich geringe, und die Tragweite des Schwankungsausschlusses wird, da in Fällen so hoher Grundstücksbelastung von entsprechend hohen Grundstückswerten ausgegangen werden kann, verhältnismäßig von der gleich geringen Bedeutung sein. Ein durchschlagendes Bedenken gegen seine Zulassung kann um so weniger anerkannt werden, als er, sobald die Preisschwankung die vorgesehenen engen Grenzen überschreitet, überhaupt außer Anwendung bleibt.

Hiernach war der schon vom ObLG. München (Beschl. v. 3. Dez. 1927, III 126/27: BayObLG. 27, 269) eingeleiteten, vom KG. ständig befolgten Rspr. beizupflichten.

(Beschl. v. 10. Febr. 1932; VB 31/31. — Jena.) [Sch.]

<= RG. 135, 142.>

15. §§ 1113, 1163, 1177, 631, 641 BGB. **Für die Frage, ob eine Gläubigerhypothek oder eine Eigentümergrundschuld begründet ist, kommt es nur auf die Entstehung, nicht auf die Fälligkeit der gesicherten Forderung an.†)**

Die Kl. lebt mit ihrem Ehemann in Gütertrennung. Ihr gehört ein Grundstück in T., dem Ehemann und dem Bauunternehmer B. zu gleichen Anteilen ein Grundstück in W. Der Ehemann wollte das letztgenannte Grundstück i. J. 1928 durch B. bebauen lassen. Um das zu ermöglichen, bestellte die Kl. am 3. Sept. 1928 in notarieller Urkunde für B. an dem Grundstück in T. eine Darlehnshypothek von 50 000,47 GM. Die Hypothek wurde am 15. Sept. 1928 eingetragen. B. trat sie am 17. Sept. 1928 an die Bekl. ab. Diese betreibt aus ihr die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks.

Die Kl. behauptet, die hypothekarisch gesicherte Forderung sei nicht entstanden; das habe die Bekl. gewußt, als sie sich die Hypothek abtreten ließ. Die Kl. nimmt daher die Post als Eigentümergrundschuld für sich in Anspruch und klagt mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung der Bekl. für unzulässig zu erklären und die Bekl. zur Herausgabe des Hypothekenbriefs und zur Einwilligung in die Berichtigung des Grundbuchs zu verurteilen.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen durchgedrungen. Die Bekl. erstrebt mit der Rev. die Abweisung der Klage. Die Kl. bittet, die Rev. zurückzuweisen.

Die Bekl. hat — unbeschadet der für sie streitenden Vermutungen der §§ 891 Abs. 1, 1138 BGB. — über die Entstehung der hypothekarisch gesicherten Forderung folgendes behauptet: Vor der Bestellung der Hypothek habe der Ehemann der Kl. mit B. einen Bauvertrag wegen des Grundstücks in W. geschlossen. Für die Werklohnschuld ihres Ehemannes habe die Kl. sich dem B. gegenüber verbürgt. Diese ihre Bürgschaftsschuld sei durch eine Vereinbarung zwischen ihr und B. nach § 607 Abs. 2 BGB. in eine Darlehnsschuld umgewandelt worden. Für die Darlehnsschuld habe die Kl. die Hypothek an ihrem Grundstück bestellt.

Die Kl. bestreitet diese Darstellung. Das BG. unterstellt sie als richtig und gelangt trotzdem zu einer der Bekl. ungünstigen Entsch. mit nachstehender Begr.: B. hätte den Werklohn für den bestellten Bau erst bei der Abnahme des Werks fordern können (§ 641 Abs. 1 BGB.). Sein Vergütungsanspruch gegen den Ehemann der Kl. (§ 631 Abs. 1 BGB.) sei deshalb bis zur Abnahme des Baus eine „künftige" Forderung gewesen. Dasselbe gelte für seine Ansprüche gegen die Kl. aus der Bürgschaft und aus dem gemäß § 607 Abs. 2 BGB. begründeten Darlehn. Die von der Kl. bestellte Hypothek sei also zunächst eine Hypothek für eine „künftige" Forderung (§ 1113 Abs. 2 BGB.) und als solche rechtlich eine Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB.) gewesen. Sie habe sich auch später nicht in eine Gläubigerhypothek verwandelt, da mit dem Bau nicht einmal begonnen und der Bauvertrag schließlich „hinfällig geworden" sei.

Zu **15.** I. Wer eine *bewegliche* Sache oder ein Recht für eine künftige Forderung, z. B. ein in Aussicht gestelltes Darlehen, zu Pfand erhält, erwirbt sogleich ein Pfandrecht. Das folgt klar aus § 1204 Abs. 2 BGB. Im gemeinen Recht herrschten darüber noch Zweifel: Pfandrecht für eine künftige Forderung, also ohne Forderung — darüber kam *Windscheid* I § 225 A. 7 nicht ganz hinweg, wenngleich er das praktische Bedürfnis dafür einsah. *Dernburg*, Pand. § 274 A. 8 dagegen hat schon den Sprung. Eine gewisse Bestimmtheit der künftigen Forderung ist zu verlangen. Ganz sind also die alten Zweifel nicht beseitigt.

Wer ein *Grundstück* für eine künftige Forderung, z. B. ein in Aussicht gestelltes Darlehn, zu Pfand erhält, genauer wenn für sie eine Hypothek bestellt wird, erwirbt hingegen die Hypothek nicht sogleich, sondern erst mit der Entstehung der Forderung, z. B. mit der Auszahlung des Darlehns. Zwar mag es nach dem § 1113 Abs. 2 BGB. anders scheinen, aber diese Vorschrift ist nur im Zusammenhang mit § 1167 zu verstehen. Dieser aber ist nach seinem Grundgedanken so zu lesen: „Ist die Forderung usw. nicht oder *noch nicht* zur Entstehung gelangt" usw. Zunächst also steht die Hypothek dem Eigentümer zu und dann erst dem Gläubiger. Erst Eigentümergrundschuld, dann Gläubigerhypothek. So wenigstens die h. M. (vgl. M. *Wolff* § 145 A. 2; *Heck*, Sachenrecht S. 358 fg.; RGRKomm. § 1113 A. 7). So auch die Praxis, die sich vor allem an der Höchstbetragshypothek entwickelte. Die entgegengesetzte, hauptsächlich von *Sternberg*: JheringsJ. 62, 377 fg. vertretene Ansicht, die sich in erster Linie auf den Parallelismus von § 1113 Abs. 2 und § 1204 Abs. 2 stützt, ist bekanntlich nicht durchgedrungen. Was beim Pfandrecht recht ist, ist eben bei der Hypothek nicht billig, und zwar deshalb nicht, weil es bei der letzteren das vollkommen ausgebildete Institut der Eigentümergrundschuld gibt. Interessant aber ist zu sehen, wie die alten gemeinrechtlichen Streitfragen wie so oft, so auch hier in anderer Form weiterleben. Fast scheint es so als ob nicht der Gesetzgeber, sondern allein der oberste Richter die Kraft hat, der Schlange der Zwietracht den Kopf zu zertreten.

Trotz § 1113 Abs. 2 fragt sich also im einzelnen Fall: Schon entstandene oder noch zukünftige Forderung? Schon Gläubigerhypothek oder noch Eigentümergrundschuld? Daß es darauf ankomme, darüber sind sich auch beide Instanzen einig. Nur mag die Frage oft zweifelhaft sein, aber unzweifelhaft scheint mir, daß der Werklohnanspruch sogleich mit dem Bauvertrag entstand und ebenso der Bürgschaftsanspruch sogleich mit dem Bürgschaftsvertrag. Die Einrede der Vorleistungspflicht (§ 641) betrifft die Geltendmachung, nicht das Bestehen des Werklohnanspruchs und ebenso die Einrede der Vorausklage die Geltendmachung, nicht das Bestehen des Bürgschaftsanspruchs. Ebenso berührt der Zweifel, ob der Gläubiger wirklich den Bürgen in Anspruch nehmen wird, nicht das Dasein seiner Forderung, wie ein Vergleich mit der Gesamtschuld zeigt, wo eine ähnliche Ungewißheit besteht.

Insoweit ist also nach dem Gesagten dem RG. gegen das KG. beizutreten.

II. Die Umwandlung einer Schuld in eine Darlehnsschuld gem. § 607 Abs. 2 hat immer etwas Problematisches an sich und nun gar die Umwandlung einer Bürgschaftsschuld. Quid est actum? Beseitigung der Nachteile aus der Abhängigkeit der Schuld von der Hauptschuld sowie aus der Einrede der Vorausklage? Aber die Frau will doch einen Gegenwert haben, ob er nun ihr oder ihrem Mann zugute kommt! Und dabei ist es zu dem Bau überhaupt nicht gekommen! Ohne genaueste Kenntnis des ganzen Sachverhalts läßt sich da nichts weiter sagen.

Prof. Dr. *Leo Raape*, Hamburg.

Die Rev. rügt mit Recht, daß diese Begr. das angewendete Gesetz verletzt. Das BG. verwechselt Entstehung und Fälligkeit des Werklohnanspruchs. Die Verpflichtung zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung entsteht schon durch den Abschluß des Werkvertrags (§ 631 Abs. 1 BGB.). Durch § 641 BGB. ist lediglich die Fälligkeit des Unternehmeranspruchs hinausgeschoben (RGRKomm. Anm. 1 zu § 641). In den §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB. kommt es nun aber für die Frage, ob eine Gläubigerhypothek oder eine Eigentümergrundschuld begründet ist, nur auf die Entstehung, nicht auf die Fälligkeit der gesicherten Forderung an (RGRKomm., Anm. 7 zu § 1113; Wolff, Sachenrecht, 8. Aufl., S. 478). Auch dann also, wenn man mit dem BG. die aus der Bürgschaft umgewandelte Darlehnsverbindlichkeit der Kl. in Ansehung ihrer Entstehung ohne weiteres der Werklohnschuld des Ehemanns gleichstellen könnte, würde bei dem unterstellten Sachverhalt die Begr. einer Gläubigerhypothek für B. nicht mit den Rechtsausführungen das BU. verneint werden dürfen. Daß das RG. in einem gleichen oder ähnlichen Falle einmal anders entschieden hätte, ist nicht ersichtlich. Die vom BG. erwähnte Entsch. des erk. Sen. v. 17. Juni 1907, V 550/06: SeuffBl. 73, 226 kann nicht zum Vergleich herangezogen werden. Dort lag der Tatbestand insofern anders, als die Hypothek vor dem Abschluß des Werkvertrags bestellt war; die Gründe der Entsch. nehmen zu der Frage der Entstehung des Werklohnanspruchs nicht Stellung. Im vorl. Falle findet auch der Gedanke, daß die für B. entstandene und von ihm an die Bekl. abgetretene Forderung gegen die Kl. etwa nachträglich mit Wirkung gegen die Bekl. erloschen sein könnte (§ 1163 Abs. 1 S. 2 BGB.), keine ausreichende tatsächliche Stütze in der verschwommenen, unter einem irrigen rechtlichen Gesichtspunkt vorgetragenen Bemerkung des BG., der Bauvertrag sei „später hinfällig geworden".

(U. v. 9. Jan. 1932; 224/31 V. — Berlin.)

****16.** § 1117 BGB. Bei Botenübersendung des Hypothekenbriefes durch das GBA. an die als Gläubigerin eingetragene Ehefrau gilt die Aushändigung durch den Boten an den Ehemann als an die Ehefrau; sie erwirbt also hiermit die Hypothek.†)

Für die Kl., die Ehefrau N., wurde eine Hypothek eingetragen. Den Brief schickte das GBA. durch einen Boten an die Kl. ab. Der Bote traf die Kl. nicht an. Er händigte deshalb die mit der Anschrift der Kl. versehene Sendung gegen Behändigungsschein ihrem Ehemann aus. Dieser übermittelte den Brief ohne Abtretungserklärung der Bekl., die sich seitdem im Besitz des Hypothekenbriefes befindet.

Die Kl. betrachtet sich als Gläubigerin der Hypothek und Eigentümerin des Hypothekenbriefes und klagt auf Herausgabe des Briefes. Die Klage ist in den Vorinstanzen abgewiesen worden. Die Rev. hatte Erfolg.

Das BG. begründet seine Entsch. mit der Ansicht, die Kl. sei deshalb nicht Hypothekengläubigerin und Eigentümerin des Hypothekenbriefes geworden, weil sich in ihrer Person die Voraussetzungen des § 1117 BGB. nicht erfüllt hätten. Diese Ansicht ist nicht frei von Rechtsirrtum.

Nach § 1117 Abs. 1 Satz 1 BGB. erwirbt der Gläubiger die Hypothek, wenn ihm der Brief vom Eigentümer des Grundstücks übergeben wird. Der Vorschr. ist auch dann genügt, wenn der Eigentümer — sei es auch nur einseitig — dem GBA. gegenüber gem. § 60 Abs. 2 GBO. die Bestimmung getroffen hat, daß der Brief dem Gläubiger zu übersenden sei, und wenn daraufhin das GBA. den Brief dem Gläubiger oder einem empfangsberechtigten Vertreter des Gläubigers ausgehändigt hat (RGRKomm., 6. Aufl., Bd. 3 S. 509 Anm. 2; Planck-Strecker, 4. Aufl., Bd. III 2 S. 795 Anm. 2a). Der Ehemann der Kl. hat als Grundstückseigentümer in der Urkunde v. 9. Mai 1928 dem GBA. gegenüber jene Bestimmung getroffen. Ihr folgend hat das GBA. den Brief unter der Anschrift der Kl. abgehen lassen. Der Gerichtsbote hat allerdings den Brief der Kl. nicht zu ihren eigenen Händen, sondern zu Händen ihres Ehemanns übergeben. Es fragt sich daher, ob diese Übergabe in Ansehung der Entstehung des Gläubigerrechts aus der Hypothek einer Behändigung des Briefes an die Kl. selbst gleichzustellen ist. Die Frage ist zu bejahen.

Der Ehemann der Kl. hat — das steht außer Zweifel — beim Empfang des Briefes nicht für sich selbst als Grundstückseigentümer, sondern für die Kl. als erwerbende Hypothekengläubigerin gehandelt. Eine rechtsgeschäftliche Vollmacht dazu hatte er nach den Feststellungen des BerR. nicht. Nach dem Eherecht des BGB. ist er nicht gesetzlicher Vertreter der Frau. Ebensowenig ist den Vorschr. über das Güterrecht des gesetzlichen Güterstandes, von dem hier auszugehen ist (vgl. RGUrt. v. 18. Okt. 1930, V 366/29), allgemein eine ausdrückliche oder vermutete Vollmacht des Ehemanns zu rechtsgeschäftlichem Handeln für die Frau zu entnehmen. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß überhaupt kein rechtlich erhebliches Handeln des Mannes für die Frau ohne rechtsgeschäftliche Vollmacht der Frau möglich wäre. Nach der Verkehrsanschauung, der eine Rechtsvorschr. nicht entgegensteht, muß vielmehr ein solches Handeln gerade bei rein tatsächlichen Vorgängen des täglichen Lebens, wie z. B. bei der Entgegennahme von Sendungen ins Haus zugelassen werden. Diesem Rechtsgedanken trägt auch die PostO. im § 38 VII Rechnung. Dort ist bestimmt, daß der Briefträger Einschreibebriefe und Wertsendungen, die an den einen Ehegatten gerichtet sind, dem anderen aushändigen darf, sofern die Eheleute in häuslicher Gemeinschaft leben und nicht ausdrücklich andere Bestimmungen getroffen haben. Hätte also das GBA., wozu es nach den geltenden Vorschr. (Güthe-Triebel, GBO., 5. Aufl., Bd. 1 S. 1142 Anm. 25 zu § 55) unter Umständen befugt erschien, den Hypothekenbrief durch Einschreibebrief mit der Post an die Kl. abgeschickt, so hätte der Postbote, der die Adressatin nicht antraf, die Sendung dem Ehemann mit Wirkung für und gegen die Ehefrau aushändigen können. Was aber bei der Übersendung durch die Post nach ausdrücklicher Rechtsvorschr. gilt, muß nach der rechtlich zu billigenden Verkehrsauffassung, die in dieser Rechtsvorschr. ihren Niederschlag gefunden hat, ebenso auch bei der Aushändigung des Hypothekenbriefes durch den Gerichtsboten gelten. Der mit der Kl. in häuslicher Gemeinschaft und im gesetzlichen Güterstande lebende Ehemann hat somit dadurch, daß er in Abwesenheit der Kl. die an sie ge-

---

Zu 16. Die Entsch. geht offenbar davon aus, daß die Aushändigung und Empfangnahme des Hypothekenbriefes zwar eine rechtlich erhebliche Handlung, nicht aber eine Willenserklärung, sondern ein „rein tatsächlicher Vorgang des täglichen Lebens" sei. In Übereinstimmung hiermit beurteilt die Entsch. die strittige Frage nicht unter dem Gesichtspunkt des Zugangs einer Willenserklärung gem. § 131 BGB. (Oertmann § 130, 7b will freilich auch § 130 auf andere Parteierklärungen zur Anwendung bringen. Das RG. behandelt den Ehemann der Kl. auch nicht als einen Empfangsboten (dagegen will Fleck: ArchBürgR. 15, 361 auch bei Übergabe einer Sache Grundsätze der Bodenübermittlung heranziehen, während Cohn, Der Empfangsbote, 1927, S. 3 dies — mit der herrschenden Ansicht — ablehnt).

Die Entsch. nimmt an, daß der mit der Kl. in häuslicher Gemeinschaft lebende Ehemann dieser den unmittelbaren Besitz durch die vorbehaltlose Annahme übermittelt habe; sie setzt sich mit der an sich hier einschlägigen Vorschr. des § 855 offenbar nicht auseinander, weil der Ehemann nicht als Besitzdiener, der den Weisungen seiner Ehefrau an sich zu folgen hätte, anzusehen ist. Ob aber wirklich die tatsächlichen Voraussetzungen für einen unmittelbaren Besitzerwerb durch den Ehemann vorliegen, erscheint nicht bedenkenfrei (RG. 108, 123 = JW. 1925, 352).

Andererseits hebt die Entsch. selbst hervor, daß die Kl. mit ihrem Ehemann in gesetzlichem Güterstande bei der Aushändigung gelebt habe, unterläßt aber die Nachprüfung, ob nicht auf alle Fälle die Kl., wenn nicht den unmittelbaren, so doch den mittelbaren Besitz am Briefe, der für den Erwerb des Hypothekenrechtes ausreicht, erlangt habe. Nach der Rspr. des RG. ist aber im Verhältnis zwischen den Ehegatten die auf dem Güterrecht beruhende Berechtigung und Verpflichtung zur Verwaltung der Sachen ein Rechtsverhältnis i. S. des § 868 BGB. Hat sich der Ehemann den für seine Ehefrau bestimmten Brief aushändigen lassen, so hat er für diese jedenfalls den mittelbaren Besitz erworben (RG. 108, 122 = JW. 1925, 352; 113, 304; 105, 20).

RA. Dr. Adolf Asch, Berlin.

richtete Sendung des GBA. ohne Gegenäußerung aus der Hand des Gerichtsboten in Empfang nahm, mit Wirkung für und gegen die Kl. gehandelt. Er hat daher den unmittelbaren Besitz an dem Hypothekenbrief nicht für sich, sondern für die Kl. begründet und damit ihr auch das Eigentum am Brief und das Gläubigerrecht aus der Hypothek verschafft, ohne daß es noch einer besonderen tatsächlichen oder rechtsgeschäftlichen Mitwirkung der Kl. selbst bedurfte. Nur an der bisher nicht geprüften Einigung über die Entstehung der Hypothek (§ 873 BGB.) mußte sie rechtsgeschäftlich teilnehmen, wenn sie die Hypothek erwerben wollte. Dem vom BG. betonten Mangel rechtsgeschäftlicher Erklärungen der Kl. bei der Aushändigung des Briefes vom Boten des GBA. an ihren Ehemann kommt keine rechtliche Bedeutung zu.

Ist hiernach die Kl. Besitzerin des Hypothekenbriefes geworden, so sind die Bedingungen des § 1117 Abs. 1 Satz 1 BGB. in ihrer Person erfüllt.

(U. v. 13. Febr. 1932; 266/31 V. — Hamm.) [Sch.]

17. § 1190 BGB. Sicherung eines ganzen Forderungskreises durch eine Höchstbetragshypothek. Die zweite Höchstbetragsgesamthypothek als bloße Mehrbetragssicherung über den Betrag der Vorhypothek hinaus, nicht zugleich bedingte Ausfallsicherungshypothek bezüglich der Vorhypothek.†)

Der Streit der Parteien betrifft die Frage, ob die zweite Höchstbetragsgesamthyp. von 110000 GM. nur für einen über die 60000 *RM* der Vorhyp. hinausgehenden Mehrbetrag der Gesamtforderung der Kl. bestellt ist (vgl. RG. 118, 162[1])), oder ob sie die Kl. zugleich bedingt auch wegen des Ausfalls sichert, den diese im Fall einer Zwangsversteigerung der für die Vorhyp. haftenden Grundstücke bei dieser erleide (vgl. RG. 70, 245 [248][2]); 122, 327[3])). Die Vorinstanzen haben gegen die Kl. i. S. einer reinen Mehrbetragssicherung entschieden. Dem ist beizutreten.

Nach § 1190 BGB. kann eine Hyp. in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Es besteht Einigkeit darüber, daß auf diese Weise nicht nur eine einzelne bestimmte Forderung, sondern auch eine zunächst unbestimmte Mehrheit von solchen, ein ganzer Forderungskreis dinglich gesichert werden kann. Wird streitig, welche Forderungen unter die Sicherung fallen, so muß die Entsch. dem Eintragungsvermerk in Verbindung mit der ihm zugrunde liegenden Eintragungsbewilligung entnommen werden. Im vorliegenden Falle stimmen nun, wie aus der Wiedergabe im Tatbestand ersichtlich ist, die Eintragungsbewilligung und der Eintragungsvermerk in ihrem den Umfang der Haftung betreffenden Wortlaut nicht genau überein. Von der Fassung der Eintragungsbewilligung ist das Grundbuchamt bei der Eintragung im Anschluß an die Rspr. (vgl. KG.: JFG. 1, 490; OLG. Dresden: das. 4, 422; ObLG. München: ebenda 5, 370) dahin abgewichen, daß es an Stelle von „soweit sie (die Ansprüche) nicht bereits gesichert sind" gesagt hat: „soweit sie die (durch die Vorhyp.) gesicherten Ansprüche übersteigen".

Diese Abweichung ist indessen nur eine geringe und äußerliche, keine von sachlicher Bedeutung und als solche auch offenbar weder von dem Grundbuchrichter, der sonst nicht ohne Rückfrage abgewichen sein würde, noch von den Beteiligten, die sie hingenommen haben, angesehen worden. Denn in beiden Fassungen wird von den schon „gesicherten" Ansprüchen gesprochen und durch Bezugnahme auf sie der Umfang der neuen Belastung bestimmt. Über die Bedeutung des Wortes „gesichert" werden nun jetzt von den Parteien gegensätzliche Auffassungen vertreten, deren Unterschied die Kl. zutreffend dahin gekennzeichnet hat, daß es darauf ankomme, ob man das Wort „intentional", d. h. i. S. „beabsichtigter" Sicherung, oder „effektiv", nämlich i. S. „erreichter" Sicherung verstehe. Es läßt aber nicht nur keinen Rechtsirrtum erkennen, entspricht vielmehr auch der Auffassung des RevG., wenn die Instanzgerichte unter den gegebenen Umständen das Wort „gesichert" in jenem ersten Sinne, dem Absichts- und nicht dem Erfolgssinne ausgelegt haben, wie es in dem Ausdruck „sicherstellen" deutlicher hervortritt. Stände hier der Gebrauch des Wortes „sichern" bei Bestellung der ersten Hyp. (Vorhyp. von 60000 *RM*) in Frage, so würde seine Anwendung im Hinblick auf den Sicherungszweck also im vorschauenden Sinne, i. S. der erst erstrebten und erhofften Sicherung (Absichts- oder Zwecksinn) kaum einem Zweifel unterliegen können (vgl. auch den Gebrauch in den Wörtern „Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung"). Im vorl. Falle handelt es sich freilich um die Anwendung des Wortes im Rückblick auf eine durch die Bestellung der ersten Hyp. schon gegebene Sicherung („soweit nicht bereits gesichert", „soweit sie die gesicherten Ansprüche übersteigen"). Dies zwingt aber keineswegs dazu, das Wort hier in einem anderen als dem Absichtssinn, nämlich in dem Erfolgssinn der verwirklichten Sicherung zu verstehen, wie ihn das Wort „decken" wiedergibt. In der Rechtssprache ist vielmehr der Gebrauch des Wortes „sichern" i. S. der durch das Mittel der Sicherung (Pfand, Bürge usw.) zur Verfügung gestellten, aber noch nicht bis zur Befriedigung durchgeführten Forderungsverstärkung der überwiegende und vorherrschende.

Die Kl. beansprucht die Nachhyp. in einem doppelten Sinne: zunächst als bedingte Ausfallssicherungshyp. hinsichtlich der Forderungen, für die in erster Linie die Vorhyp. haften soll, und zweitens als unbedingte Mehrbetragshyp. für den über 60000 *RM* hinausgehenden Betrag ihrer Forderung aus dem Kreditverhältnis. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob eine solche Zusammenfassung einer bedingten und einer unbedingten Sicherung in einer einheitlichen Eintragung als mit dem Erfordernisse der Klarheit des Grundbuchs und dem das Grundbuchrecht beherrschenden Spezialitätsgrundsatz noch vereinbar und daher zulässig überhaupt anerkannt werden könnte. Keinesfalls kann den Vorinstanzen entgegengetreten werden, wenn sie in der Eintragungsbewilligung und dem Eintragungsvermerk, wie sie hier vorliegen, eine bedingte Ausfallsicherung hinsichtlich der Vorhyp. nicht ausgedrückt finden, beide vielmehr nur i. S. einer bloßen Mehrbetragssicherung auslegen. In der Fassung des Eintragungsvermerks hat dieser Sinn durch den Gebrauch des Wortes „übersteigen" höchstens noch eine schärfere Ausprägung erhalten. Wenn die Kl. demgegenüber mit der Rev. erneut den von ihr verfolgten wirtschaftlichen Zweck in den Vordergrund rückt, so ist ihr

---

Zu 17. Daß die Nachhypothek, soweit sie die bereits mit der Vorhypothek belasteten Grundstücke betrifft, aus rechtlichen Gründen nur für den den Forderungsbetrag der Vorhypothek übersteigenden Betrag, also nur als Mehrbetragshypothek Bestand haben kann, erscheint zweifellos. Wenn das RG. die Nachhypothek, auch soweit die nur mit ihr belasteten Grundstücke in Betracht kommen, gleichfalls lediglich als Mehrbetragshypothek gelten lassen will, so beruht dies auf einer Billigung der Auslegung, die die InstGer. der Hypothekenbewilligung und -eintragung dahin gegeben haben, daß die Parteien mit der Nachhypothek nicht eine bedingte Ausfallsicherung hinsichtlich der Vorhypothek, sondern lediglich eine Mehrbetragssicherung habe schaffen wollen. Ob zumal für die Hypothekenbewilligung, deren Wortlaut, wie wohl anzunehmen ist, von der kreditierenden Bank vorgeschrieben worden ist, diese den Interessen der Gläubigerin jedenfalls wenig entsprechende Auslegung zu billigen ist, kann zweifelhaft sein. Die Auslegung rechtfertigt jedoch ohne weiteres die Entsch.

Das RG. bemerkt weiter, daß es dahingestellt sein lasse, ob die Zusammenfassung einer bedingten Ausfallsicherungshypothek mit einer unbedingten Mehrbetragshypothek in einer einheitlichen Eintragung mit dem Erfordernisse der Klarheit des Grundbuchs und dem das Grundbuchrecht beherrschenden Grundsatz der Spezialität noch vereinbar und daher überhaupt zulässig sei. Mit Martin Wolff, Sachenrecht § 134 I ist jedoch, soweit es sich um Ausfallsicherung hinsichtlich einer Vorhypothek handelt, wohl richtiger nicht von einer bedingten Hypothek, sondern von einer Hypothek für eine bedingte Forderung zu sprechen. Bei solcher Annahme fallen die Bedenken des RG. fort. Jedenfalls würde den Bedürfnissen der Praxis schlecht gedient sein, wenn eine Nachhypothek, die als Mehrbetragshypothek, zugleich aber auch als Ausfallsicherung für eine Vorhypothek gedacht ist, nicht zuzulassen wäre (vgl. Wolff, Sachenrecht § 153 II).

Vizepräs. d. KG. i. R. Prof. Dr. David, Berlin.

[1]) JW. 1928, 501. [2]) JW. 1909, 164. [3]) JW. 1929, 748.

entgegenzuhalten, daß der einseitige Zweck eines Vertragsbeteiligten, falls er ja als schon bei Vertragsschluß verfolgt festzustellen wäre, doch nur dann auf Berücksichtigung Anspruch erheben könnte, wenn er auch zum Vertragswillen beider Teile erhoben worden wäre und in den rechtsbegründenden Urkunden Ausdruck gefunden hätte. Das haben aber beide Vorinstanzen hier ohne Rechtsverstoß verneint. Dabei ist zweierlei nicht ohne Gewicht. Als Ausfallssicherung konnte die Nachhyp. für die Kl. nur auf den für die Vorhyp. noch nicht haftenden Grundstücken in Frage kommen. Unstreitig ist ferner in der Urkunde über die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung diese Unterwerfung in Ansehung der Nachhyp. und der für sie verpfändeten Grundstücke nur wegen des (über 60000 *RM*) hinausgehenden „Restbetrages" der Gesamtschuld bis zum Höchstbetrage von 110000 *RM* bewilligt, also auch hier zwischen den beiden Teilbeträgen oder Teilkreisen des Schuldverhältnisses streng geschieden. Wenn die Rev. schließlich für ihren Standpunkt das Urt. des erk. Sen. v. 29. Nov. 1930 (RG. 131, 16[4])) heranziehen zu können glaubt und ausführt, es bestehe nach dieser Entsch. für die Kl. die Möglichkeit, eine Forderung, die sie zunächst der Vorhyp. unterstellt habe, nachdem sie bei dieser keine Deckung gefunden habe, in die Sicherung durch die Nachhypothek einzubeziehen und hier erneut geltend zu machen, so hat sie jenes Erkenntnis mißverstanden. Denn es ist dort zwar für den — auch tatsächlich anders gestalteten — Fall der Bestellung mehrerer Höchstbetragshyp. auf verschiedenen Grundstücken für denselben Forderungsgesamtkreis dem Gläubiger ein gewisses Verfügungsrecht darüber eingeräumt, für welche der einzelnen, an sich unter die Sicherung fallenden Forderungen er die Haftung des einzelnen Grundstücks in Anspruch nehmen wolle. Es ist jedoch (S. 23 a. a. O.) ausdrücklich die Folgerung abgelehnt worden, daß etwa eine der zu sichernden Einzelforderungen durch mehrere Einzelhyp. habe gesichert sein sollen; vielmehr der Wille der Beteiligten dahin angenommen worden, daß jede einzelne Forderung nur durch eine einzige Hyp. gesichert werde, und zwar durch die vom Gläubiger seinerzeit zu bestimmende. Im Streitfall aber will die Kl. Teilbeträge ihrer Gesamtforderung nacheinander durch mehrere Einzelhyp. gesichert erhalten, ohne daß doch die hierfür notwendige, im Falle des Urt. RG. 131, 16[5]) gar nicht zur Erörterung gelangte Voraussetzung einer Ausfallssicherung gegeben wäre (vgl. auch Güthe-Triebel[5] I 238 vor § 13 Anm. 54 II).

(U. v. 21. Nov. 1931; 187/31 V. — Dresden.) [Sch.]
<= RG. 134, 221.>

II. Verfahren.

****18.** §§ 265, 239, 365, 325 ZPO.; §§ 1373, 1375, 1376, 1380, 1383 BGB.

1. Der Begriff der Veräußerung oder Abtretung i. S. des § 265 ZPO. ist weit aufzufassen. Er umfaßt jede Übertragung der Sache oder des Rechtes auf eine andere Person, sofern sie die Sachlegitimation des Veräußerers berührt, also auch den Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung oder kraft Gesetzes, so auch die durch die Begründung oder das Erlöschen des ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechts bedingte Änderung der Klagebefugnis.

2. Wenn der Ehemann auf Grund des § 1380 Satz 1 BGB. ein zum eingebrachten Gut seiner Frau gehöriges Recht einklagt, dann ist es doch immer das Recht der Frau, welches der Mann kraft seines Verwaltungsrechts geltend macht. Anders ist es bei einer Klage aus § 1373 oder aus § 1383 BGB.

3. Die Wirkung des Urteils gegen die Frau tritt im Falle des § 1380 BGB. auch dann ein, wenn sie der Prozeßführung des Ehemannes zugestimmt hat, und diesem Falle ist es gleichzustellen, wenn der klagende Ehemann Leistung an seine Frau beantragt hat.†)

Der Kl. ist der zweite Ehemann der verwitweten Frau Wilhelmine W. geb. W. in B. Er hatte mit seiner Frau durch den Vertrag v. 22. Dez. 1925 Gütertrennung vereinbart. Dieser Vertrag ist durch ein Urt. v. 22. Nov. 1929 wegen Geisteskrankheit des Kl. rechtskräftig für nichtig erklärt worden.

Inzwischen hatte die Ehefrau des Kl. durch den Vertrag v. 30. April 1927 Grundstücke ihrem minderjährigen Sohne erster Ehe, dem beklagten Heinrich W., gegen Einräumung eines Altenteils, Übernahme von Hypotheken, Bestellung von Erbabfindungshypotheken zugunsten der Geschwister des Bekl. und andere Leistungen überlassen. Die Auflassung ist am 19. Aug. 1927, die Eintragung des Bekl. als Eigentümer am 15. Nov. 1927 erfolgt.

Der Kl. verlangte von dem Bekl. die Einwilligung in die Berichtigung des Grundbuchs durch Wiedereintragung seiner Frau als Eigentümerin und fordert die Rückauflassung der Grundstücke an seine Frau. Er stützte die Klage darauf, daß er mit seiner Frau wegen der Nichtigkeit des Gütertrennungsvertrages v. 22. Dez. 1925 im gesetzlichen Güterstande gelebt habe und daß seine Frau deshalb nicht berechtigt gewesen sei, die Grundstücke dem Bekl. ohne seine Zustimmung zu überlassen.

Das LG. gab der Klage durch Urt. v. 8. Juli 1930 statt. Nach Erlaß dieses Urteils wurde die Verwaltung und Nutznießung des Kl. am eingebrachten Gut seiner Frau durch das Urt. des LG. v. 8. Dez. 1930 aufgehoben. Dieses Urt. wurde am 7. Febr. 1931 rechtskräftig.

Daraufhin hat OLG. die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß der Kl. mit der Beendigung seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechts die Befugnis verloren habe, die zum eingebrachten Gut seiner Frau gehörigen Rechte im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen.

Die Rev. führte zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung.

Der Rev. mußte stattgegeben werden, weil der Kl. durch die mit der Rechtskraft des Urt. v. 8. Dez. 1930 eingetretene Beendigung seiner Verwaltung und Nutznießung das Recht, den gegenwärtigen Rechtsstreit durchzuführen, nicht verloren hat.

Nach § 265 ZPO. schließt die Rechtshängigkeit das Recht der einen oder anderen Partei nicht aus, die im Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten. Die Veräußerung und Abtretung hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Begriff der Veräußerung oder Abtretung i. S. dieser Bestimmung ist weit aufzufassen. Er umfaßt jede Übertragung der Sache oder des Rechts auf eine andere Person, sofern sie die Sachlegitimation des Veräußerers berührt (RG. 109, 48, 49). Demgemäß ist unter der Veräußerung und Abtretung nicht nur die Übertragung des Rechts durch einen freiwilligen Akt, sondern auch der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung oder kraft Gesetzes zu verstehen (RG. 109, 48). Gleichgültig ist es auch, ob durch die Veräußerung oder Abtretung das Vollrecht übertragen wird oder ob der Erwerber nur ein beschränktes Recht erlangt. In diesem Sinne ist auch die durch die Begründung oder das Erlöschen des ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechts bedingte Änderung der Klagebefugnis als eine

[4]) JW. 1931, 2732. [5]) JW. 1931, 2732.

Zu 18. Der Entscheidung und ihrer feinsinnigen Begründung wird man überall beitreten können. Bedenklich erscheint mir nur die Ver. darauf, daß der Ehemann bei einer Klage nach § 1380 BGB. ein Recht seiner Frau geltend mache. Diese Auffassung kann es nicht erklären, was ihn zu einem solchen Fremdhandeln berechtigt und weshalb die Einreden, die ihrem Rechte entgegenstehen, gegen ihn nicht wirken. Aber dadurch wird auch gar nichts an der Entsch. geändert. Denn auch wenn man ein eigenes Klagrecht des Ehemanns annimmt, so ist es auch damit vereinbar, daß das Klagrecht zuerst ihm zusteht und dann auf sie übergeht. Das zeigt der Fall des Nutzungsrechts, den das RG. als Gegenstück hinstellt. Wenn er etwa eine Mietforderung der Frau im voraus einklagt und dann sein Verwaltungsrecht verliert, so findet auch hier ein Übergang des Klagrechts auf sie statt — und § 265 ZPO. ist gleichfalls anwendbar.

Geh. JR. Prof. Dr. Franz Leonhard, Marburg (Lahn).

Veräußerung oder Abtretung i. S. des § 265 ZPO. aufzufassen.

Wenn der Ehemann auf Grund des § 1380 Satz 1 BGB. ein zum eingebrachten Gut seiner Frau gehöriges Recht im eigenen Namen einklagt, dann ist es doch immer das Recht der Frau, welches der Mann kraft seines Verwaltungsrechts geltend macht (vgl. RGRKomm. Bem. 7 zu § 1380 BGB.). Dies ist im Schrifttum allerdings bestritten. So wird insbes. von Planck-Unzner die Auffassung vertreten, daß es sich bei der auf Grund von § 1380 Satz 1 BGB. erhobenen Klage des Ehemannes um eine der actio confessoria des Nießbrauchers entsprechende gerichtliche Geltendmachung des dem Manne zustehenden Verwaltungs- und Nutzungsrechts handele (vgl. auch Staudinger, Bem. 1 zu § 1380 BGB.). Dem kann nicht zugestimmt werden. Allerdings können sich aus dem Verwaltungs- und Nutzungsrecht auch eigene Rechte des Ehemannes ergeben, wie das Recht zum Besitz der zum eingebrachten Gut gehörigen Sachen (§ 1373 BGB.) oder das Recht auf die Nutzungen (§ 1383 BGB.). Klagt der Ehemann diese Rechte ein, so sind es eigene Rechte des Ehemannes, die den Gegenstand des Rechtsstreits bilden. In solchen Fällen gründet sich die Klagebefugnis aber auch nicht auf § 1380 BGB., sondern auf das dem Manne persönlich zustehende Recht. Bei der Klage aus § 1380 BGB. ist es dagegen das Recht der Frau, das der Mann zwar im eigenen Namen geltend macht, das aber immer ein Bestandteil des Vermögens der Frau bleibt (RG. 109, 50; vgl. auch Enneccerus-Wolf, § 51 I; Siber, Die Prozeßführung des Vermögensverwalters, 1917 S. 42 ff.; Hellwig, Anspruch u. Klagerecht, S. 302 f.; Binder, Prozeßführung, S. 116 ff.). Während im ersten Falle das im Rechtsstreit geltend gemachte Recht mit der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung erlischt, tritt im zweiten Falle nur das Erlöschen der Klagebefugnis des Mannes ein. Dies hat die Folge, daß die während der Dauer der Verwaltung und Nutznießung durch das Erfordernis der Zustimmung des Ehemannes begründete Beschränkung der Klagebefugnis der Frau (§ 1400 Abs. 2 BGB.) fortfällt. Die Frau erlangt damit die freie unbeschränkte Klagebefugnis wieder. Die Beendigung der Verwaltung und Nutznießung hat demnach die Wirkung, daß die bis dahin dem Manne zustehende Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung des Rechts der Frau auf diese übergeht. In diesem Sinne ist die Frau als Rechtsnachfolgerin des Mannes anzusehen. Dies ist vom RG. für den Fall des § 239 ZPO. bereits ausgesprochen (vgl. RG. 109, 48). Es gilt in gleicher Weise auch für das Anwendungsgebiet des § 265 ZPO.

Ein Ausnahmefall des § 265 Abs. 3 ZPO. ist nicht gegeben. Nach § 265 Abs. 3 ZPO. kann dem Kl. die Aktivlegitimation dann bestritten werden, wenn das Urteil nach § 325 gegen den Rechtsnachfolger nicht wirksam sein würde. Der Begriff der Rechtsnachfolge ist in beiden Bestimmungen der gleiche. Das gegen den Mann ergehende Urteil würde deshalb gegen die Frau nach § 325 Abs. 2 ZPO. nur dann nicht wirken, wenn zugunsten der Frau die Vorschr. über den Erwerb vom Nichtberechtigten eingriffen. Dies ist nicht der Fall, weil der im Streit befangene Gegenstand stets zum Vermögen der Frau gehört hat. In Frage könnte aber kommen, ob § 265 Abs. 3 ZPO. auch dann Anwendung zu finden hat, wenn die Unwirksamkeit des Urteils gegen die Frau sich nicht aus § 325 ZPO., sondern aus § 1380 Satz 2 BGB. ergibt. Bei der Fassung der nur auf § 325 ZPO. verweisenden Bestimmung des § 265 Abs. 3 ZPO. kann dies zweifelhaft sein. Die Frage braucht hier aber nicht entschieden zu werden, weil im Streitfalle die Unwirksamkeit des Urteils gegenüber der Ehefrau auch aus § 1380 Satz 2 BGB. nicht hergeleitet werden kann.

Allerdings stellt der vom Kl. geltend gemachte Berichtigungsanspruch ein Recht dar, über das der Kl. nach §§ 1375, 1376 BGB. nicht ohne Zustimmung seiner Frau verfügen konnte. In der Rspr. des RG. ist aber anerkannt, daß die Wirkung des Urteils gegen die Frau im Falle des § 1380 BGB. auch dann eintritt, wenn sie der Prozeßführung des Ehemannes zugestimmt hat (RG. 92, 156) und daß es diesem Falle gleichzustellen ist, wenn der klagende Ehemann Leistung an seine Frau beantragt hat (RG. 96, 97). Dies trifft hier zu, weil der Kl. verlangt, daß das Grundbuch durch die Wiedereintragung seiner Frau berichtigt und das Grundstück an diese aufgelassen wird.

(U. v. 10. Dez. 1931; 361/31 VI. — Königsberg.) [H.]

19. §§ 286, 551, 254 ZPO.; §§ 675, 666 BGB. Auslegung einer Vertragsurkunde. Die Ablehnung eines Beweisantrages über außerhalb der Urkunde liegende Tatsachen ist zutreffend, wenn diese zu einer Umdeutung des Vertragsinhaltes führen müßten. — Über die beiden aus § 254 ZPO. folgenden Klageansprüche kann nicht gleichzeitig entschieden werden. Zurückverweisung in die erste Instanz.

Der BerR. bejaht die zwischen den Parteien streitige Frage, ob die Bekl. gem. § 4 des Vertr. v. 18. Dez. 1928 auf Grund des im Rechtsstreit S. & Co. gegen R. & Co. ergangenen Urteils zur Lizenzzahlung verpflichtet seien. Er erachtet auf Grund dieser Bestimmung, nach welcher die Lizenzzahlung „nach erfolgreicher Durchführung“ jenes Rechtsstreits beginnen solle, die Zahlungsverpflichtung der Bekl. als abhängig von der erfolgreichen Durchführung des Rechtsstreits auf Grund der in den Rechtsstreit einzuführenden Behauptung der Patentverletzung und hält diese Bedingung damit für eingetreten, daß in dem rechtskräftig gewordenen Urteil der in jenem Rechtsstreit erhobene Anspruch auf Unterlassung des Verkaufs bestimmter Fahrzeuge mit Rücksicht auf die zu jener Zeit der dortigen Kl. zustehenden Rechte aus dem DRP. 444 400 für begründet erachtet worden sei. Er lehnt eine Auslegung der Vertragsbestimmung in der von den Bekl. erstrebten Richtung, daß den Beginn der Lizenzzahlung von einer in jenem Rechtsstreit erfolgenden Klärung des Umfangs des Patentschutzes auf Grund sachverständiger Beurteilung der einschlägigen technischen Fragen habe abhängig gemacht werden sollen, als mit dem Wortlaut jener Bestimmung unvereinbar ab und bezeichnet bei den Vertragsverhandlungen etwa erfolgte Parteiäußerungen dieses Inhalts als nicht Vertragsinhalt gewordene Erwartungen und Vorstellungen über den Verlauf jenes Rechtsstreits.

Die Rev. rügt, der BerR. habe mit dieser Stellungnahme unter Verletzung von § 286 ZPO. den von den Bekl. gestellten Beweisantrag völlig übergangen, nach welchem bei Abschluß des Vertr. unter den Parteien ausdrücklich besprochen worden sei, es sei unter der erfolgreichen Durchführung des Rechtsstreits die Klärung des Wertes des Patents, insbes. seines Schutzumfanges, unter Anhörung von Sachverständigen zu verstehen.

Das BG. hat in dem angefochtenen Urteil den Beweisantrag allerdings nicht ausdrücklich erwähnt. Ausreichende Anhaltspunkte dafür, daß er den in besonderer Anlage zum Protokoll der letzten mündlichen Verhandlung niedergelegten Antrag völlig übergangen habe, sind jedoch nicht vorhanden, zumal da im Urteil auf die Möglichkeit eingegangen wird, ob der Vertrag eine Auslegung in diesem Sinne erfahren könne. Es muß danach angenommen werden, daß der BerR. den Beweisantrag als unerheblich betrachtet hat, da nach der zweifelsfreien Wortbedeutung der Vertragsbestimmung für eine abweichende Auslegung kein Raum sei. Das angefochtene Urteil hält sich mit dieser Auffassung an sich im Rahmen der Rspr. (RG. 82, 316[1]); 95, 126; RGWarn. 1912 Nr. 4, 288, 330; 1917 Nr. 288; JW. 1907, 269[34]), nach welcher die Auslegung einer Erklärung auf Grund außerhalb der Urkunde liegender Tatsachen unmöglich ist, wenn sich diese mit dem unzweideutigen Inhalt der Erklärung selbst nicht verträgt, nach welcher ferner der Sinn, den die Beteiligten bei der Abfassung der Erklärung im Auge gehabt haben, nur dann Berücksichtigung finden darf, wenn er in dem gebrauchten Wort einen, wenn auch nur unvollkommenen, Ausdruck gefunden haben kann, wenn somit eine Deutung, nicht eine Umdeutung des Vertragsinhalts eintritt. Maßgebend ist danach, ob der Wortlaut der Bestimmung bei dem von den Bekl. behaupteten Sinn einer mit dem Wortsinn als solchen nicht zu vereinbarenden Umdeutung unterworfen wird. Das ist

[1]) JW. 1913, 916.

zu bejahen. Nach dem Wortlaut handelt es sich nur um die erfolgreiche Durchführung der auf Patentverletzung begründeten Klage (§ 4) oder um den Verlust jenes Rechtsstreits, der nach § 7 den Bekl. ein Rücktrittsrecht gibt. Daß der Anspruch auf Lizenzzahlung von einer Klärung des Schutzumfangs nach umfassender technischer Beweisaufnahme abhängig sein solle, ist ein Mehr in der Bestimmung der für die Lizenzzahlung maßgebenden Bedingung, das im Wortlaut auch nicht einmal einen unvollkommenen Ausdruck gefunden hat.

Es handelt sich insoweit um eine Erläuterung des geplanten Vertragsinhalts, die in der maßgeblichen Niederschrift einen Niederschlag nicht gefunden hat. Letzten Endes sind nach dem Inhalt des Beweisantrages bei den Vertragsverhandlungen nur Erwartungen über den voraussichtlichen Verlauf jenes Rechtsstreits zum Ausdruck gelangt.

Nach dem danach maßgeblichen Wortlaut der Vertragsbestimmung genügte es, wenn der Prozeß insoweit erfolgreich durchgeführt wurde, daß die von der dortigen Bekl. vertriebenen Wagen als in den Bereich der klägerischen Schutzrechte fallend anerkannt wurden. Das ist geschehen.

Es ist danach davon auszugehen, daß die Verpflichtung der Bekl. zur Lizenzzahlung zu laufen begonnen hat. Es ergeben sich aber auch keine Bedenken gegen ihre Pflicht zur Rechnungslegung. Diese findet an sich ihre Grundlage in dem Lizenzvertrage (§§ 675, 666 BGB.; MuW. 1921, 189). Die Bekl. haben allerdings gegebenenfalls die Möglichkeit, die Rechnungslegung in der Richtung bereits jetzt vorzunehmen, daß sie dartun, sie hätten von der Lizenz überhaupt keinen Gebrauch gemacht. Damit entziehen sie gleichzeitig einer Verurteilung zur Rechnungslegung den Boden. Dieser Darlegungsmöglichkeit sind sie jedoch im vorliegenden Fall nicht nachgekommen. Sie sind der klägerischen Behauptung, sie hätten in ihren Werbeschriften auch nach Beginn ihrer Verpflichtung zur Lizenzzahlung ihre „Tempo-Wagen" als gemäß dem zur Erörterung stehenden Schutzrecht hergestellt bezeichnet, substantiiert nicht entgegengetreten und haben ihr allgemeines Bestreiten, die Lizenz nicht benutzt zu haben, gegenüber diesem Vorbringen nicht ergänzt. Es muß bei solcher Gestaltung des Parteivorbringens eine Benutzung der Schutzrechte durch die Lizenznehmer zunächst als dargetan gelten. Ihre Pflicht zur Rechnungslegung besteht somit nach wie vor. Es ist auch nicht irgendwie streitig geworden, über welche Geschäftsvorgänge die Bekl. Rechnung zu legen hätten. Unter diesen Umständen kann kein Bedenken obwalten, die Verurteilung zur Rechnungslegung auszusprechen. Die Erledigung eines etwa noch auftauchenden Streits, welche Geschäftshandlungen der Bekl. unter die Benutzung der ihnen übertragenen Lizenz fielen und in welchem Umfang sie in Rücksicht hierauf Rechnung zu legen hätten, kann gegebenenfalls dem weiteren Verfahren überlassen bleiben, das, wie noch auszuführen ist, hinsichtlich des Leistungsanspruchs im ersten Rechtszuge seinen Fortgang zu nehmen hat. Der Fall liegt insofern anders, als der in MuW. 1921, 189 entschiedene, in welchem die Frage, in welchem Umfang Rechnung zu legen sei, streitig und von der Entscheidung über den nach bestimmten Richtungen bekämpften Umfang des Patentschutzes abhängig war.

Darin, daß der BerR. auf das erwähnte Bestreiten der Bekl. nicht ausdrücklich eingegangen ist, liegt nach dem vorliegenden Sachverhalt daher weder ein Verstoß gegen § 551 Nr. 7 oder § 286 ZPO., noch ein Verstoß gegen sachlich-rechtliche Grundsätze. Es ist unter diesen Umständen auch, da hier, entgegen der regelmäßigen Lage bei einem Verletzungsrechtsstreit, die Frage, in welchen Einzelheiten die Bekl. die klägerischen Schutzrechte benutzt haben, überhaupt nicht zur Erörterung gestellt ist, auch nicht zu beanstanden, daß der Rechnungslegungsanspruch lediglich als auf die Wagen sich erstreckend bestimmt ist, welche unter Benutzung der im Vertrage bezeichneten Schutzrechte hergestellt sind. Den entsprechenden Angriffen der Rev. kann somit Erfolg nicht werden.

Rechtsbedenken bestehen dagegen in folgender Hinsicht:

Die Klage richtet sich auf Rechnungslegung über die Fahrzeuge, welche die Bekl. vom Erlaß des in der Sache S. & Co. gegen R. & Co. ergangenen Urteils ab unter Benutzung des von den Kl. zur Ausübung überlassenen Herstellungsrechts geliefert haben. Sie richtet sich weiter auf Zahlung des Lizenzbetrages, der daraus nach Auffassung der Kl. zu ihren Gunsten gem. § 5 des Vertr. fällig geworden ist. Danach handelt es sich gem. § 254 ZPO. um eine Klage auf Rechnungslegung verbunden mit der Klage auf Leistung desjenigen, was die Bekl. aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis schulden, unter Vorbehalt der bestimmten Angabe der beanspruchten Leistung bis nach erfolgter Rechnungslegung.

LG. und OLG. haben beiden Klagen entsprochen. Das war nicht zulässig, da damit die vorgeordneten Gerichte zwei gem. § 254 ZPO. gebildeten Klageanträgen gleichzeitig entsprochen haben. Es durfte in solchem Fall nicht über beide Ansprüche zu gleicher Zeit erkannt werden, vielmehr war zunächst durch Teilurteil über die Verpflichtung zur Rechnungslegung zu entscheiden, und erst nach erfolgter Ausführung eines in dieser Richtung zugunsten der Kl. ergangenen Urteils war über den nunmehr auf Grund des Ergebnisses der Rechnungslegung auf einen bestimmten Antrag abzustellenden Zahlungsanspruch zu verhandeln und zu entscheiden (RG. 58, 57; 84, 370[2]); JW. 1908, 558[22]; RGWarn. 1912 Nr. 281 u. 413; RGUrt. v. 28. Mai 1929, II 632/29[3])). Als Zwischenurteil gem. § 304 ZPO. kann, da über die Höhe des noch nicht bezifferten Anspruchs ein Streit der Parteien überhaupt noch nicht besteht, die Entscheidung, soweit sie den Zahlungsanspruch als berechtigt ansieht, nicht betrachtet werden. Um sie als Feststellungsurteil aufrechterhalten zu können, fehlt es an der notwendigen Erörterung des Feststellungsinteresses. Die insoweit erhobene Rüge ist danach berechtigt.

(U. v. 13. Jan. 1932; 148/31 I. — Hamburg.) [Ka.]

20. § 322 ZPO.; § 30 PrEnteigG. **Rechtskraftwirkung von auf Papiermark lautenden, die Klage zum Teil abweisenden, zum Teil zusprechenden Vorprozeßurteilen in Enteignungssachen. Rechtslage, wenn der Kl. die Geldentwertung erkannt und den Anspruch auf ihren Ausgleich im Vorprozeß geltend gemacht hatte, das ergangene Urteil aber nicht erkennen läßt, daß es dem Rechnung getragen hat.** †)

Die Entsch. der VerwBeh. über die Höhe der Entschädigung wird nach dem PrEnteigG. endgültig, wenn keine Partei innerhalb der Frist des § 30 den Rechtsweg beschreitet. Hat der Enteignete aber rechtzeitig die Klage erhoben, so ist damit dem Ges. auch für den Fall genügt, daß der so eingeleitete Prozeß infolge der Geldentwertung nur zum Urteil über einen Teil des erhobenen Entschädigungsanspruchs führt und dadurch eine zweite Klage nötig macht (RG. 119, 364[1])). Die Zulässigkeit der so begründeten Klage unterliegt also keinen Bedenken aus § 30 PrEnteigG.

Es fragt sich aber, ob es zutrifft, daß der Entschädigungsanspruch im Vorprozesse nur teilweise den Gegenstand der Entsch. gebildet hat oder ob die Rechtskraft des Vorprozeßurteils die neue Klage ausschließt. Das BG. nimmt an, das RG. habe solchen Klagen ständig stattgegeben und schließt sich dieser Auffassung an, weil der Anspruch des Enteigneten auf Wertersatz gehe und durch das Urteil nicht verändert werde; die Nennung einer Geldsumme darin bedeute nur, daß der Staat dem Anspruch, der dem Grunde nach festgestellt werde, vorläufig in der bezifferten Höhe seinen Arm zur Vollstreckung

---

[2]) JW. 1919, 690. [3]) JW. 1929, 3070.

Zu 20. Zum Verständnis der Entsch. ist nachzutragen, daß das auf Papiermark lautende, rechtskräftig gewordene Urteil des OLG. im Vorprozeß am 4. Dez. 1920 ergangen ist und die enteignete Kl. seit ihrem Schriftsatze v. 24. Dez. 1919 beantragt hatte, den Bekl. zu verurteilen, ihr eine Entschädigung von 94 997,17 ℳ nebst 4% Zinsen seit der Enteignung zu zahlen. Hiervon wurden der Kl. 20 451,60 ℳ nebst Zinsen zugebilligt, die weitergehende Klage des Vorprozesses wurde abgewiesen. Das RG. geht davon aus, daß die Abweisung der Mehrforderung von 74 545,57 ℳ allein kein Hindernis für die *jetzige* Forderung des Kl. auf *Ergänzung* der Entschädigung von 20 451,60 ℳ um den entsprechenden Geldentwertungsausgleich sei. Er hat aber das im neueren Verfahren

[1]) JW. 1928, 507.

zu leihen gewillt sei; reiche diese Summe zum Ausgleich des Schadens nicht hin, so liege nur ein Teilurteil vor, das der Feststellung der weitergehenden Forderung nicht entgegenstehe. So liege die Sache auch hier; denn das Urteil zeige, daß der Kl. und das Gericht die währungsbedingte „Diskrepanz" zwischen dem Nennbetrage und dem inneren Wert der Klageforderung nicht erkannt hätten und nicht hätten erkennen können, so daß summenmäßig nur über einen Teil des Ersatzanspruchs erkannt und gegen die noch ausstehende Entsch. über seinen Rest die Einrede der Rechtskraft unbegründet sei. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung teilweise nicht stand. Die Tragweite eines Urteils ist nach der Lage zur Zeit seines Erlasses zu prüfen. Hat jemand während der Geldentwertung die Verurteilung seines Gegners zur Zahlung eines Markbetrages erwirkt, so konnte er mehr als dessen sofortige Zahlung auf Grund des Titels nicht verlangen. War schon in diesem Zeitpunkt die Mark entwertet, während die eingeklagte Forderung vom vollen oder doch von einem besseren Wert der deutschen Währung ausging, so war dem Kl. damit in Wirklichkeit nach Grund und Betrag nur ein Teil seiner Forderung zuerkannt, auch wenn der Klageantrag und das Urteil dieselben Markziffern nannten. Nur deshalb, weil der Unterschied zwischen dem Wert der beiden Zahlen nicht erkannt worden ist, kann dem Kl. die Nachforderung des nicht abgeurteilten Teils nicht verwehrt werden. Das gilt auch dann, wenn die Verurteilung des Bekl. mit der Abweisung eines weitergehenden Klageantrags verbunden war, sofern diese Abweisung nicht den Anspruch des Kl. auf den Ausgleich der Geldentwertung zum Gegenstand hatte, welcher der neuen Klage zugrunde liegt. Blieb also der im Vorprozesse zugebilligte Markbetrag hinter dem dort verlangten zurück, weil nach der Annahme des Vorprozeßurteils von vornherein eine zu hohe Entschädigung eingeklagt worden war, so ist die Zulässigkeit der Nachforderung, die auf der bis zum Erlaß des Vorprozeßurteils eingetretenen Geldentwertung der richtig bemessenen Entschädigung beruhte, nicht deshalb zu verneinen, weil diese Geldentwertung schon im Vorprozesse die Verurteilung zur Zahlung eines höheren als des dort zugesprochenen Betrages gerechtfertigt haben würde, hätte man sie überhaupt in Betracht gezogen. Hatte der Enteignete sich nicht auf diesen Vermögensnachteil gestützt, so kann im Vorurteil nicht die Aberkennung des Anspruchs gefunden werden, den er später auf den Ausgleich erhebt. Nur wenn bereits die Entsch. des Vorprozesses einen solchen Anspruch erledigen wollte, ist der später angerufene Richter daran gebunden, ohne Rücksicht darauf, ob die erste Beurteilung darüber der jetzigen Rechtsauffassung entspricht. In diesem Falle schließt eben die Rechtskraft des Erkenntnisses die Nachprüfung seiner Richtigkeit durch ein anderes Gericht aus. Gegen diese Rspr., die der 7. ZivSen. für Enteignungssachen in RG. 119, 362[2]); 122, 110[3]); 123, 44[4]) entwickelt hat, sind keine Bedenken zu erheben. Der Senat ist ihr bereits im Urteil v. 17. Nov. 1931, V 292/31 beigetreten.

Die Kl. hat sich im Vorprozeß nicht darauf beschränkt, die

---

erlassene oberlandesgerichtliche Urteil v. 11. Juli 1931 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das BG. zurückverwiesen, weil auf den im Schriftsatze v. 24. Dez. 1919 und 23. Nov. 1920 erhobenen Geldentwertungsanspruch nicht eingegangen war. Nach den EntschGründen muß man annehmen, daß Kl. zur Begr. des Antrags auf Zahlung von 94 997,17 ℳ zwar auf die Berücksichtigung des jetzigen Werts des deutschen Geldes, der Markwährung gegen damals hingewiesen hat (Schriftsatz v. 24. Dez. 1919), andererseits aber an dem Vorbringen des Schriftsatzes v. 23. Nov. 1920 festgehalten hat, wonach die beanspruchten 94 997,17 ℳ beim jetzigen Stand der deutschen Währung keine angemessene Entschädigung mehr seien, da Kl. mit dieser Summe nicht mehr, wie bei einer Zahlung vor dem Kriege ein gleichwertiges Unternehmen beginnen könne. Unter diesen Umständen vermag ich nicht einzusehen, wie nach der Zurückverweisung weiterzukommen ist. Das BG. hat doch wohl unzweifelhaft darin recht, daß das Gericht im Vorprozeß über den Geldentwertungsanspruch nicht hat erkennen wollen. Das aber scheint mir nach der vorl. reichsgerichtlichen Rspr. der Kernpunkt zu sein. Auch nach der Ansicht der damaligen Kl. sollte in den 94 997,17 ℳ die Geldentwertung nicht enthalten sein, wenigstens wenn man den Schriftsatz v. 23. Nov. 1920 als gleichzeitig vorgetragen ansieht, sonst wäre die Bemerkung, die beanspruchte Summe sei bei dem jetzigen Stande der Währung keine angemessene Entschädigung mehr, nicht zu verstehen. Das BG. hätte im Vorprozeß auf den möglicherweise anzunehmenden Widerspruch zwischen beiden Schriftsätzen hinweisen und auf eine Erweiterung des Klageantrages hinwirken können. Da dies unterblieben ist, kommt es bei der Würdigung des Urteils im Vorprozeß entscheidend auf den erkennbaren Willen des Gerichts an. Es gelten die Grundsätze, die das RG. in seiner Entsch. v. 6. Jan. 1928 (RG. 119, 362 = JW. 1928, 507) für ein Vorprozeßurteil v. 20. Okt. 1922 entwickelt hat, in verstärktem Maße für das hier vorl. Vorprozeßurteil v. 4. Dez. 1920. Weder in der Formel noch in den EntschGründen dieses Urteils tritt irgendeine Willensrichtung des Gerichts zutage, die darauf abzielt, einen Anspruch der Kl. auf Ausgleichung der Geldentwertung durch den Urteilsspruch zu erledigen. Man kann wörtlich hinzufügen, was a. a. O. S. 364 ausgeführt ist: „Zudem wäre es kaum denkbar, daß das Gericht des Vorprozesses den Willen gehabt haben könnte, auch die Geldentwertungsansprüche der Kl. zu erledigen; denn ihre erst durch die spätere Rspr. erfolgte Anerkennung konnte damals weder ihm, noch den Parteien bekannt sein. Dies wurde in der angeführten Entsch. RG. 110, 130 = JW. 1925, 948 für eine Urteilsfällung v. Febr. 1923 angenommen und muß um so mehr für den Monat Okt. 1922 gelten (hier Dez. 1920), der hier in Frage kommt." Der Widerspruch in den Schriftsätzen der Kl. v. 23. Nov. 1920 und 24. Dez. 1919 erklärt sich eben aus der Unklarheit über Wesen und Umfang des damals noch nicht anerkannten Geldentwertungsanspruchs. Die Bedeutung des Urteils v. 17. Jan. 1920 (RG. 98, 55 ff.), auf die vorl. verwiesen wird, darf nicht überschätzt werden. Damals handelte es sich nicht um die Anerkennung eines Geldentwertungsanspruchs, sondern um die Frage, ob auch eine nach Vollendung des schädigenden Ereignisses oder nach Erhebung der Klage eingetretene Preissteigerung zu berücksichtigen ist. Das RG. verneinte, daß der Umfang des geltend zu machenden Schadens (Bergschadens) durch den Zeitpunkt der Erhebung der Klage ein für allemal festgelegt war. Nach den jetzt geltenden sachlich-rechtlichen und prozessualen Grundsätzen habe der Richter bei der Schadensberechnung die gesamten zur Zeit der Urteilsfällung vorliegenden Umstände, soweit sie durch zulässige Klagerweiterung (§ 268 Nr. 2 ZPO.) ihm unterbreitet seien, nach Maßgabe der Schlußverhandlung zu berücksichtigen. Im übrigen hat das RG. den Willen des entscheidenden Gerichts auch bei Urteilen über Schadensersatzansprüche gelten lassen (vgl. RG. 109, 197 = JW. 1925, 762). In unserem Falle hat der Kl. den Klageantrag tatsächlich der eingetretenen Geldentwertung nicht angepaßt, und das BG. hat es geschehen lassen, weil es den Unterschied zwischen dem Nennwert und dem inneren Wert der Klageforderung nicht erkannt hatte. Es bleibt also auch hier bei den Erwägungen, mit denen das RG. mehrfach, vor allem RG. 123, 44 = JW. 1929, 589, den Satz begründet hat, daß der Enteignete, der in einem Vorprozeß die Enteignungsentschädigung unrichtig berechnet hatte, durch die Rechtskraft des der Klage entsprechenden Vorprozeßurteils seines Mehranspruchs auf Entschädigung nicht verlustig geht. Es ist völlig überzeugend, wenn das RG. a. a. O. ausführt, eine weitergehende Bedeutung der Rechtskraft erscheine nur dann gerechtfertigt, wenn der nachgeforderte Mehrbetrag durch das frühere Urteil als abgewiesen zu gelten hätte. Eine solche Abweisung könne für einen Anspruch nicht in Frage kommen, der gar nicht erhoben gewesen sei. Wenn die Kl. im Vorprozeß mit ihrem Anspruch die ganze Entschädigungsforderung hätten einklagen wollen, so hätten sie das nur in dem Umfang getan, indem sie diese nach ihrer irrtümlichen Vorstellung für die ganze Forderung hielten. Durch diesen Irrtum hatten sie aber das Recht auf Nachforderung nicht eingebüßt, gleichwie auch der Verkäufer, der infolge einer falschen Berechnung der Kaufpreisschuld seinen Anspruch gegen den Käufer zu gering eingeklagt habe, sein Recht auf den Mehrbetrag nicht etwa verliere, weil er zu wenig gefordert habe (Recht 1925, 757). Es ist nicht einzusehen, weshalb der gegenwärtige Sachverhalt anders beurteilt werden könnte, zumal weder die Berechnung der geltend gemachten Forderung in dem klägerischen Schriftsatze v. 24. Dez. 1919 noch das Gutachten, demgemäß im Vorprozeß erkannt worden ist, die Geldentwertung berücksichtigt hat.

Im Falle RG. 123, 44 = JW. 1929, 589 handelte es sich um die Geldentwertung, die von dem Tage der Zustellung des Feststellungsbeschlusses, 6. Juni 1919, bis zum Urteil des Vorprozesses, 24. Okt. 1922, eingetreten war. Das RG. hat a. a. O. den abweichenden Standpunkt Pagenstechers (JW. 1928, 2858 und in seiner Schrift „Die Einrede der Rechtskraft im AufwProzeß", 1925) abgelehnt. Durch diese ständige Rspr. hat die Lehre Pagenstechers ihre Bedeutung im wesentlichen verloren. Nur rechtfertigt sie nach wie vor die Mahnung, den Gegenstand des Klageanspruchs und der Urteilsfällung mit aller möglichen Sorgfalt gegenüber späteren Anzweiflungen sicherzustellen. Übrigens beziehen sich die Ausführungen Pagenstechers nicht auf die Frage, ob und inwieweit mit Rücksicht auf eine nach der letzten mündl. Verh. eingetretene Geldentwertung Ansprüche erhoben werden können.

OLGPräs. i. R. Dr. Levin, Berlin.

[2]) JW. 1928, 507. [3]) JW. 1929, 112. [4]) JW. 1929, 589.

Zahlung der Entschädigung zu fordern, wie sie sich nach ihrer Ansicht ohne Rücksicht auf die Geldentwertung ergab, sondern beantragt, den Bekl. zu verurteilen, die Entschädigung zu zahlen, „und zwar unter Berücksichtigung des jetzigen Werts des deutschen Geldes, der Markwährung, gegen damals". Dazu heißt es im Schriftsatz der Kl.: erkenne man an, daß der Schaden der Gesellschaft die angegebene Höhe erreiche, dann seien die beanspruchte Summe beim jetzigen Stand der deutschen Währung keine angemessene Entschädigung mehr; das Gericht müsse daher eine dem Tiefstande der deutschen Valuta entsprechende Entschädigung zubilligen. Dieser Teil des Klageantrages und seine Begr. unterscheiden den vorl. Fall von denen, die in der erwähnten Rspr. des RG. eine dem Kl. günstige Beurteilung gefunden haben. Das BG. geht auf diese Eigenart der Sache nicht ein. Seinen Satz, das Vorprozeßurteil lasse nicht erkennen, daß über den Geldentwertungsanspruch entschieden worden sei, rechtfertigt es nur damit: weder der Kl. noch das Gericht hätten damals den Unterschied zwischen dem Nenn- und dem inneren Wert der Klageforderung erkennen können und erkannt. Auf die Erkennbarkeit kommt es nach dem Gesagten nicht entscheidend an; für Schadensersatzansprüche hatte das RG. übrigens schon damals den durch den Geldstand zur Zeit des Urteils erforderlichen Betrag für den richtigen Ausgleich erklärt (RG. 98, 55 ff.). Jedenfalls kann es nach dem Gesagten keinem Zweifel unterliegen, daß der Kl. die Geldentwertung erkannt und demgemäß den Anspruch auf ihren Ausgleich zum Gegenstand des Vorprozesses gemacht hat. Die Entsch. über die Einrede der Rechtskraft hängt also davon ab, ob der Anspruch wie verlangt, im Vorprozesse auch seine Beurteilung gefunden hat. Die Eigenart des Falles liegt darin, daß das Vorprozeßurteil seiner Formel nach eine Schlußentscheidung ist, in den Gründen aber auf den Geldentwertungsanspruch nicht eingeht.

(U. v. 6. Jan. 1932; 269/31 V. — Hamm.) [Sch.]

III. Stempelrecht.

21. § 10 Abs. 3 LStempStG.; §§ 1163 Abs. 2, 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Abtretung einer Eigentümergrundschuld unter Umwandlung in eine Hypothek unterliegt demselben Stempel wie die Bestellung einer Hypothek, nicht aber einem besonderen Abtretungsstempel. †)

Der Kl. hatte laut notarieller Urkunde v. 16. Dez. 1929 anerkannt, von der Kapitalversicherungsanstalt zu Hannover ein Darlehen von 200 000 ℳ empfangen zu haben, und ihr eine ihm als Eigentümer zustehende Grundschuld von gleichem Betrag unter Umwandlung in eine Hypothek abgetreten. Der Bekl. erhob für dieses Geschäft außer dem Schuldverschreibungsstempel den Abtretungsstempel von 200 ℳ. Der Kl. beanspruchte Zurückzahlung dieses Betrags, weil das vorgenommene Rechtsgeschäft ein einheitliches, eine hypothekarische Schuldverschreibung sei, daher nur dem für diese vorgesehenen Stempel unterliege. Alle Instanzen haben verurteilt.

Das BG. verneint den Anspruch des Bekl. auf den Abtretungsstempel deshalb, weil die Verbindung der Abtretung einer Grundschuld und ihrer Umwandlung in eine Darlehnshypothek mit einer Schuldverschreibung das rechtlich ebenso wie wirtschaftlich einheitliche Rechtsgeschäft einer hypothekarischen Schuldverschreibung ergebe und, da dieses dem Stempel aus TarSt. 14 PrStempStG. v. 27. Okt. 1924 unterliege, ein weiterer Stempel für die Abtretung allein nach § 10 Abs. 3 dieses Ges. nicht erhoben werden könne. Der erk. Sen. hat in seiner in dem BU. angezogenen Entsch. RG. 124, 140, die einen in allem wesentlichen gleichliegenden Fall behandelte, in demselben Sinne entschieden, und die vom Bekl. in den Vorinstanzen und in seiner Revisionsbegründung gegen diese Auffassung erhobenen Einwände bieten keinen Anlaß, von ihr abzugehen.

Wenn zunächst geltend gemacht wird, daß die Abtretung und Umwandlung mit der Schuldverschreibung nicht in notwendigem Zusammenhang stehe, weil sie auch auf anderen Kausalgeschäften beruhen könne, so wird dabei übersehen, daß der Begriff des einheitlichen Rechtsgeschäfts nicht erfordert, daß seine einzelnen Bestandteile begriffsnotwendig miteinander zusammenhängen (s. RG. 23, 193 ff.). Vielmehr ist ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. des § 10 Abs. 3 PrStempStG. dann gegeben, wenn die einzelnen in der Urkunde zusammengefaßten Geschäfte nach dem Willen der Parteien in einem rechtlichen Zusammenhang stehen und in der Gesamtheit, die sie auf diese Weise bilden, unter eine Vorschrift des Stempeltarifs fallen. Mit dieser Auffassung stimmen die Ausführungen in den von der Rev. angeführten Urt. des Sen. v. 25. Okt. 1929 und 23. Sept. 1930, VII 143/29 [1]) und 4/30 [2]) durchaus überein: ein besonderer Abtretungsstempel ist dort neben dem Stempel für das außerdem beurkundete Rechtsgeschäft deshalb als geschuldet erachtet worden, weil im Gegensatz zu dem gegenwärtigen Streitfall das aus diesem Rechtsgeschäft und der Abtretung bestehende Gesamtgeschäft durch keine Vorschrift des Stempeltarifs gedeckt wird. Aus diesem Grunde geht auch die Ausführung der Rev. fehl, daß die dem BU. zugrunde liegende Rechtsauffassung die Befreiung

[1]) JW. 1930, 269. [2]) JW. 1931, 2739.

Zu 21. A. Die Entsch., welche sich an das bereits i. J. 1929 ergangene Urt. RG. 124, 140 anschließt und die erneute Abkehr von der früheren Rspr. und Verwaltungsübung bedeutet, ist im Interesse des grundbuchlichen Verkehrs zu begrüßen und bei der Häufigkeit des hier begutachteten allgemeinen Sachverhalts von erheblicher praktischer Bedeutung.

Die Komm. der früheren Jahre haben meist im Anschluß an KGJ. 31, B 34 in kurzen Worten den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen. Auf das Mißliche dieser früher allgemein vertretenen Auffassung hat bereits Heinitz, 3. Aufl., S. 608/609 hingewiesen.

Es handelt sich um die Auslegung des § 10 Abs. 3 LStempStG. v. 27. Okt. 1924, eine Bestimmung, die mit dem früheren Gesetz wörtlich übereinstimmt und der Praxis bereits erhebliche Schwierigkeiten bereitet hat (s. bspw. die in RG. 23, 193 beigebrachte Kasuistik). Der Voraussetzung des „einheitlichen Rechtsgeschäftes" i. S. dieser Vorschr. ist anerkanntermaßen noch nicht genügt, wenn die Rechtsgeschäfte eine wirtschaftliche Einheit bilden, insbes. im wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis voneinander stehen. Auch die rechtliche Abhängigkeit der einen Erklärung von der anderen entscheidet nicht, vielmehr muß geprüft werden, ob die mehrfachen urkundlichen Erklärungen sich innerhalb des Rahmens ein und desselben Rechtsgeschäftstypus des bürgerlichen Rechts halten (RG. 58, 112; auch 42, 180). Bei Bejahung dieser Frage muß alsdann geprüft werden, ob eine derartige Einheit ein besonderes, nach dem Tarif steuerpflichtiges Rechtsgeschäft darstellt, und nur bei Bejahung auch dieser weiteren Voraussetzung kann von einem einheitlichen Rechtsgeschäft i. S. des § 10 Abs. 3 LStempStG. gesprochen werden.

Wegen Fehlens bereits der ersten Voraussetzung ist in der Entsch. VII 4/30 v. 23. Sept. 1930: JW. 1931, 2739 die Erhebung eines Abtretungsstempels neben dem Schuldverschreibungsstempel in einem Falle mit Recht für zulässig erachtet worden, in welchem in der Hypothekenbestellungsurkunde der Schuldner die aus der Feuerversicherung etwa erwachsenden Ansprüche gegen die Versicherungsgesellschaft bei Brandentschädigungen dem Gläubiger abgetreten hatte. Mochte auch die rechtsgeschäftliche Erklärung als „wirtschaftliche Einheit" anzusehen sein, so ging doch die Abtretung dieser Versicherungsansprüche über den Rahmen der mit der Bestellung einer Hypothek normalerweise entstehenden Gläubigerrechte hinaus. Wegen Fehlens der zweiten Voraussetzung, wonach sämtliche Bestandteile des bürgerlich-rechtlichen Gesamtgeschäfts ein im Stempeltarif aufgeführtes Rechtsgeschäft darstellen müssen, ist in der Entsch. VII 143/29 v. 25. Okt. 1929: JW. 1930, 269 die Erhebung des Abtretungsstempels neben dem Vertragsstempel der TarSt. 18, 2 für zulässig erachtet worden. Aus dogmatischen Gründen würde es daher zweckmäßiger gewesen sein, wenn in dem nunmehr vorl. Urt. das RG. bei Zitierung jener beiden früheren Entsch. deren grundsätzliche Abweichung voneinander — trotz gleichen Ergebnisses — hervorgehoben hätte, denn von einem bürgerlich-rechtlichen Gesamtgeschäft kann in dem in JW. 1931, 2739 entschiedenen Fall nicht gesprochen werden.

Die Abtretung der Eigentümergrundschuld mit Umwandlung in eine Fremdhypothek und gleichzeitiger Normierung der Schuldverschreibung für den neuen Gläubiger fällt nach der dem Verkehrsbedürfnis entgegenkommenden Auffassung des RG. unter den bürgerlich-rechtlichen Typus der Hypothekenbestellung. In der Tat wird man sagen dürfen, daß in derartigen Fällen sich bürgerlich-rechtlich nichts anderes vollzieht als eine hypothekarische Sicherstellung innerhalb des normalen Rahmens des Rechtsbegriffs der Hypothekenbestellung. Gerade das in der Praxis überaus häufige Vorkommen der

der mit einer Schuldverschreibung verbundenen Sicherungsübereignung vom Kaufstempel zur Folge haben müßte.

Die Zusammenfassung der Abtretung und Umwandlung der Eigentümergrundschuld mit der Schuldverschreibung unter dem Gesichtspunkte der „hypothekarischen Schuldverschreibung" ist schon deshalb sachgemäß, weil auch bei der den Regelfall der „hypothekarischen Schuldverschreibung" bildenden Bestellung einer neuen Verkehrshypothek für eine in derselben Urkunde aufgenommene Schuldverschreibung die Hypothek nach den §§ 1163 Abs. 2, 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB. zunächst als Grundschuld in der Person des Eigentümers zur Entstehung gelangt und erst mit der Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger sich gem. § 1117 Abs. 1 BGB. in eine diesem zustehende Hypothek verwandelt. Daß nur diese gesetzliche Umwandlung und Übertragung der Eigentümergrundschuld mit dem Begriffe der „hypothekarischen Schuldverschreibung" vereinbar wäre, nicht aber die vertragliche Umwandlung und Abtretung, wie sie in der hier umstrittenen Urkunde verbrieft ist, oder daß zum Begriffe der „hypothekarischen Schuldverschreibung" die Bestellung einer neuen Hypothek für die verbriefte Forderung erforderlich wäre, ist aus dem Gesetze nicht zu entnehmen. Es ist auch nicht erfindlich, weshalb die Beschaffung einer besseren hypothekarischen Sicherheit, wie sie durch Abtretung einer Eigentümergrundschuld und deren Umwandlung in eine Hypothek für die in der gleichen Urkunde verbriefte Forderung auf die einfachste Weise erfolgen kann, mit dem Begriffe der hypothekarischen Schuldverschreibung nicht vereinbar sein sollte. Auch aus den in den Vorinstanzen angeführten Stellen der Begründung zum PrStempStG. von 1895 läßt sich hierfür nichts entnehmen. Insbes. beziehen sich S. 27 und 28 dieser Begründung offensichtlich nicht auf die dem damaligen Recht fremde Abtretung von Grundschulden unter Umwandlung in Hypotheken, sondern auf die davon wesentlich verschiedene Abtretung formell noch bestehender hypothekarisch gesicherter Forderungen und auf die Befreiung zur Sicherung auszugebender Wertpapiere abgetretener Forderungen vom Abtretungsstempel gem. TarSt. 2 Abs. 9 Ges. v. 31. Juli 1895.

Wenn die Rev. sodann ausführt, daß die von ihr bekämpfte Auffassung einer langjährigen Übung der Gerichte und Verwaltungsbehörden widerspreche, die der Gesetzgeber durch Übernahme der ihr zugrunde liegenden Fassung des Gesetzes von 1895 in die neueren Gesetze gebilligt habe, so vermag der Hinweis auf einzelne oberlandesgerichtliche Entsch. und MinErl. einen solchen Schluß nicht zu rechtfertigen.

Die Rev. hat noch zu behaupten versucht, der Sachverhalt habe in dem in RG. 124, 140ff. entschiedenen Falle anders gelegen als in dem gegenwärtig zu entscheidenden: damals habe der Vertragsgegner des Kl. Sicherung an der bevorzugten Stelle des Grundbuchs verlangt. Das ist vom BG. im vorliegenden Falle allerdings nicht festgestellt worden, der Unterschied ist aber bedeutungslos. Wenn der Kl. aus eigenem Antriebe zu dem Entschlusse gelangte, seinem Darlehnsgeber eine Hypothek an bevorzugter Stelle des Grundbuchs zu beschaffen, so konnte er, ebenso wie wenn der Gegner ein solches Verlangen gestellt hatte, „die Sicherung an der bevorzugten Stelle nach dem Stande des Grundbuchs und der grundbuchrechtlichen Vorschriften nur beschaffen, indem er die an dieser Stelle stehende Eigentümergrundschuld unter Umwandlung in eine Hypothek für die neue Forderung an den Gläubiger abtrat".

(U. v. 1. Dez. 1931; 160/31 II. — Celle.) [Ku.]

hypothekarischen Sicherstellung auf dem Umweg über die Abtretung einer Eigentümergrundschuld läßt das ganze Rechtsgeschäft bzw. die Mehrheit der Rechtsgeschäfte zu einem bürgerlich-rechtlichen Gesamtgeschäft werden, denn auch hier muß der Verkehrsauffassung eine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Daß sich zwecks Sicherung eines bestimmten Ranges im Grundbuch diese Hypothekenbestellung notwendigerweise unter Zuhilfenahme der Rechtsform einer Grundschuldabtretung vollzieht, macht die Abtretung nicht zu einem besonderen Rechtsgeschäftstypus i. S. der fraglichen Vorschr. des Gesetzes.

Daß es im Ergebnis keinen Unterschied machen darf, ob der Vertragsgegner des Sicherstellenden die Sicherung an bevorzugter Stelle verlangt oder ob der Sicherstellende diese Vorzugssicherung aus eigenem Antrieb veranlaßt hat, ist sicherlich richtig. Praktisch dürfte regelmäßig eine Einigung der Beteiligten über die Sicherung an der bevorzugten Stelle vorangehen, wobei es gleichgültig ist und sich manchmal gar nicht mehr feststellen läßt, ob der erste Anstoß hierzu vom Sicherungsgeber oder vom Sicherungsnehmer ausging.

Für weniger treffend halte ich allerdings den Hinweis auf die gem. §§ 1163 Abs. 2, 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB. *sowieso* in vielen Fällen *zunächst als Eigentümergrundschuld* entstehende Fremdhypothek, denn in diesen Fällen wird eine Abtretung nicht *beurkundet*, die Stempelsteuer aber ist Urkundensteuer und grundsätzlich von dem Inhalte dessen, was beurkundet ist, abhängig.

RA. *Günther Heinitz*, Berlin.

B. Gl. A. RG., Urt. v. 1. Dez. 1931, VII 569/30. D. S.

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. *Drucker*, Leipzig und Rechtsanwalt Prof. Dr. *Alsberg*, Berlin.

22. § 244 StPO. *Wenn der Angekl. einen der Person nach bestimmt bezeichneten Zeugen für eine bestimmt angegebene erhebliche Tatsache benennt, dann muß das Gericht — falls der derzeitige Aufenthalt des Zeugen nicht bekannt ist — die ihm zu Gebote stehenden Mittel für die Feststellung des Aufenthalts des Zeugen einsetzen.*†)

In der Hauptverhandlung v. 2. Dez. 1931 beantragte der Angekl. die Vernehmung eines Zeugen zum Beweis dafür, daß nicht er, sondern der Zeuge die den Gegenstand der Klage bildende Handlung begangen habe. Der Name, die Abstammung und der in Deutschland gelegene Geburtsort des Zeugen waren bekannt. Der Zeuge hatte sich vom 25. Sept. bis 3. Okt. 1931 nicht unter seinem richtigen Namen in der Stadt aufgehalten, in der die Tat verübt worden war. Er hatte sich zur Zeit der Tat — in der Nacht vom 2. zum 3. Okt. 1931 — in der Nähe des Tatorts befunden. Das Schwurgericht stellte die Beschlußfassung über den Antrag zurück und ordnete zunächst an, daß „soweit möglich, ein Auszug aus dem Strafregister über den Zeugen beschafft werde". Dies geschah. Überdies holte die StA. durch Drahtnachricht die Akten einer auswärtigen Amtsanwaltschaft über ein im Jahr 1931 gegen den Zeugen anhängig gewordenes Verfahren ein. In der am 5. Dez. fortgesetzten Verhandlung vor dem SchwG. wurde aus diesen Akten einiges vorgetragen. Das Gericht verkündete dann den Beschluß, den Antrag auf Vernehmung des Zeugen abzulehnen, „weil das Beweismittel nach den Umständen des Falls, das heißt, unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Zeugen und der Tatsache, daß

Zu 22. Der Entsch. ist mit großer Nachdrücklichkeit beizutreten: Die Gründe, aus denen ein Beweisantrag abgelehnt werden kann, sind in §§ 244ff. StPO. nicht näher bezeichnet. Aber „die Rspr. des RG. hat eine Reihe von Grundsätzen entwickelt, die im wesentlichen aus dem Zwecke des strafgerichtlichen Verfahrens abgeleitet sind" (*Loewe-Rosenberg*, Anm. 10 Abs. 1 zu § 244). Zu diesen Gründen gehört u. a. die *Unerreichbarkeit* des Beweismittels. „Die Vorladung eines Zeugen kann abgelehnt werden, wenn seine Persönlichkeit nicht festzustellen oder sein Aufenthalt nicht zu ermitteln ist" (Recht 9 Nr. 2517; 15 Nr. 1693; RGSt. 38, 257; 52, 43). Es darf sich aber — wie RG.: JW. 1923, 389 hervorhebt — keineswegs nur um eine *zeitweilige* Unerreichbarkeit des Zeugen handeln. „Ein nur *vorübergehender* Zustand, der die Vernehmung des Zeugen nicht *überhaupt*, sondern nur *zeitweise* unmöglich macht, kann — sofern die Vernehmung ohne dieses zur Zeit bestehende Hindernis ausführbar ist — nicht zur Folge haben, daß der Angekl. eines für ihn erheblichen Beweismittels dauernd verlustig geht, vielmehr muß in diesem Falle, wenn der Antrag auf Vernehmung des Zeugen aufrechterhalten wird und nicht aus anderen *zulässigen* Gründen zurückzuweisen ist, die Sache vertagt werden" (vgl. auch JW. 1915, 719; Anm. v. *Löwenstein*: JW. 1923, 389).

Im vorliegenden Falle schließt das Gericht die Unerreichbarkeit des Zeugen nur aus den bis dahin vergeblichen Fahndungsbemühungen der beiden Amtsanwaltschaften. Dabei ist festgestellt, daß sich der nach Name, Abstammung und Geburtsort bekannte Zeuge in der Zeit v. 25. Sept. bis 3. Okt. 1931 — zwei Monate vor der Hauptverhandlung — in der Stadt, in der die Tat verübt

er von zwei Amtsanwaltschaften seit längerer Zeit ergebnislos gesucht werde, sowie der Tatsache, daß nach den eingeholten Akten der einen Amtsanwaltschaft die dort angestellten Ermittlungen nach dem Aufenthalt des Zeugen bis auf seinen vorübergehenden Aufenthalt in jener Stadt vom 25. Sept. bis 3. Okt. 1931 ergebnislos geblieben seien, weitere Ermittlungen nach dem Aufenthalt des Zeugen bei dieser Sachlage in irgendwie absehbarer Zeit keine Aussicht auf Erfolg bieten, unerreichbar und damit unbrauchbar sei."

In den Gründen des angef. Urt. bemerkte das Gericht hierzu noch, daß die Amtsanwaltschaft, deren Akten herangezogen worden waren, „schon seit Mitte Juni 1931" nach dem Zeugen fahnde.

Dieses vom Angekl. gerügte Verfahren verletzt die Grundsätze, die gegenüber dem Verlangen des Angekl. nach einer Beweiserhebung einzuhalten sind. Benennt der Angekl. einen der Person nach bestimmt bezeichneten Zeugen zum Beweis für eine bestimmt angegebene, erhebliche Tatsache, so liegt es, wenn der derzeitige Aufenthalt des Zeugen nicht bekannt ist, dem Gericht ob, die ihm zu Gebote stehenden Mittel für die Feststellung des Aufenthalts des Zeugen einzusetzen. Von einer Bemühung in dieser Richtung darf nur abgesehen werden, wenn ihre Fruchtlosigkeit zuverlässig zu erwarten ist. Dies mag — gleich wie der Mangel eines ausreichenden Anhalts für die Ermittlung der Person eines benannten Zeugen die Abstandnahme von weiteren Nachforschungen rechtfertigen kann (RGSt. 52, 42) — bei der Entfernung eines der Person nach bekannten Zeugen an einen unbekannten Ort des Auslands zutreffen (RGUrt. I v. 6. Jan. 1931: JW. 1931, 949[22]). Ist aber die Annahme begründet, daß der Zeuge mit wechselndem Aufenthalt im Inland umherzieht, hierbei seinen richtigen Namen gebraucht und bei den Polizeibehörden zur Anmeldung gelangt, so wird das Gericht der Pflicht, die Verteidigung des Angekl. zu erleichtern, nicht gerecht, wenn es jede eigene Tätigkeit zwecks Ermittlung des Aufenthalts des Zeugen lediglich um deswillen unterläßt, weil die Nachforschungen einer anderen Strafverfolgungsbehörde zwar den letzten, nur zwei Monate zurückliegenden, polizeilich festgelegten Aufenthalt des Zeugen vor Ablauf der zwei Monate zur Kenntnis der nachforschenden Behörde gebracht, aber nicht mehr ergeben haben.

(2. Sen. v. 25. Jan. 1932; 2 D.)

---

worden war, unter einem falschen Namen aufgehalten hat. In der Nacht v. 2. zum 3. Okt. 1931 hat er sich sogar in der Nähe des Tatortes befunden. Es handelt sich nicht um einen Zeugen nebensächlicher Art, sondern um denjenigen, den der Angekl. als Täter der inkriminierten Handlung bezeichnet. Der Zeuge ist nicht ins Ausland gegangen. Er zieht mit wechselndem Aufenthalt im Inlande umher, gebraucht in der Regel seinen richtigen Namen und gelangt bei den Polizeibehörden zur Anmeldung.

Unter solchen Umständen kann — wie das RG. (2. StrSen.) mit Recht ausführt — von einer Unerreichbarkeit des Zeugen, die die Ablehnung des Beweisantrages rechtfertigen würde, nicht entfernt die Rede sein. Vom Standpunkt des Angekl. aus wird man sogar mit viel größerer Schärfe, als sie das RG. anwendet, sagen müssen, daß hier Gericht und Anklagebehörde sich zum Nachteil des Angekl. einer bedenklichen Unterlassung schuldig gemacht haben; denn bei den heutigen Fahndungsmöglichkeiten der Polizei wäre es für die Strafverfolgungsbehörde ein leichtes gewesen, den Aufenthaltsort des Zeugen, über den alle näheren Anhaltspunkte vorlagen, binnen kurzem ausfindig zu machen.

Das SchwG. hat also zwei Fehler gemacht: es hat jede eigene Tätigkeit zwecks Ermittlung des Aufenthaltsortes des Zeugen unterlassen, und es hat die aus dieser Unterlassung resultierende gegenwärtige Unmöglichkeit, den Zeugen zu laden, fälschlicherweise als wirkliche, dauernde Unerreichbarkeit des Zeugen behandelt.

Hätte die Anklagebehörde ihrerseits den Zeugen mit solcher Dringlichkeit benötigt, wie im vorliegenden Falle der Angekl., so wäre — wie die Erfahrung lehrt — die Hauptverhandlung gewiß so lange nicht angesetzt, zum mindesten aber wieder ausgesetzt worden, bis man den Zeugen zur Stelle geschafft hätte. Der Angekl. soll aber — bei richtiger Auffassung des Kräfteverhältnisses zwischen Ankläger und Angekl. — auch in bezug auf die Beweisführungsmöglichkeit nicht schlechter gestellt sein, als sein Gegenspieler, der StA.

RA. Dr. G. v. Scanzoni, München.

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. §§ 1113, 1163 BGB. **Wenn bei einer Hypothek für den Fall des Eintritts gewisser Umstände eine höhere Verzinsung oder für den Fall vorzeitiger Kapitalrückzahlung eine Entschädigung vereinbart ist, so ist die Hypothek für diese Nebenforderungen kraft Gesetzes durch die Entstehung der Nebenforderungen aufschiebend bedingt. Entsteht die Nebenforderung nicht, so entsteht insoweit auch die Hypothek selbst nicht, so daß auch eine Eigentümergrundschuld nicht in Frage kommt.**

In KGJ. 49, 214 ist ausgeführt, daß, wenn bei einer Hypothek neben der hypothekarisch gesicherten Hauptforderung die Verpflichtung des Schuldners eingetragen werde, im Falle vorzeitiger Rückzahlung des Kapitals eine Entschädigung zu zahlen, damit die Hypothek in Ansehung dieser Nebenleistung als Hypothek für eine aufschiebend bedingte Forderung i. S. von § 1113 Abs. 2 BGB. begründet werde. Von diesem Ausgangspunkte wird dann auf Grund der in der Rspr. und Rechtslehre herrschenden Ansicht (RG. 51, 43; 75, 245[1]), bes. 251; KG.: OLG. 39, 245; KGJ. 52, 197, bes. 199/200; Planck, 4. Aufl., §§ 1113 A. 5g, 1163 A. 3a; RGRKomm. § 1113 A. 7; Predari, 2. Aufl., S. 334, 457; Staudinger, 9. Aufl., § 1163 II 1a) angenommen, daß die Hypothek für die aufschiebend bedingte Entschädigungsforderung gem. §§ 1163 Abs. 1 Satz 1, 1177 Abs. 1 BGB. von dem bestellenden Eigentümer als eine durch die Entstehung der Entschädigungsforderung auflösend bedingte Eigentümergrundschuld erworben werde, so daß, wenn die Entschädigungsforderung nicht entstehe, die Eigentümergrundschuld zu einer endgültigen werde.

Gegen diese Rechtsauffassung, an der der Sen. auch weiterhin festgehalten hat, und zwar auch soweit die aufschiebend bedingte Nebenforderung Straf- oder andere Zinsen betrifft (vgl. OLG. 39, 245; KGJ. 52, 197, 203 und Beschl. v. 11. Dez. 1930, 1 X 782/30: HöchstRRspr. 1931 Nr. 736; DNotV. 1931, 282), sind in letzter Zeit wegen ihrer Auswirkung im Zwangsversteigerungsverfahren Bedenken erhoben worden (Thiele: JW. 1931, 561; Goldschmidt: JW. 1931, 785; v. Karger: DJZ. 1929, 665; Beyer: BayNotV. 1931, 59; Heinitz: JW. 1931, 3418; Comte: DRZ. 1931, 410).

KG. (12. ZivSen.): JW. 1931, 1761 = DNotV. 1931, 419 hat sich den Bedenken angeschlossen und ausgesprochen, daß die Hypothek für nicht entstandene Strafzinsen erlösche, wenn sie sich endgültig mit dem Eigentum in einer Person vereinige. Er geht hierbei ebenfalls von der Auffassung aus, daß bei Vereinbarung von Strafzinsen, soweit nicht nach Einigung und Eintragung etwa eine aufschiebend bedingte Hypothek vorliege, eine Hypothek begründet werde, die kraft Ges. (§§ 1163 Abs. 1 Satz 1, 1177 Abs. 1 BGB.) als auflösend bedingte Eigentümergrundschuld ins Leben trete und zu einer endgültigen Eigentümergrundschuld werde, wenn die Nichtentstehung der bedingten Mehrzinsforderung feststehe. Er folgert jedoch aus dem gesetzgeberischen Zwecke der Zulassung der Eigentümergrundschuld und aus dem Grundgedanken des § 1178 BGB., daß die Hypothek für nicht entstandene Strafzinsen (oder andere aufschiebend bedingt vereinbarte Nebenleistungen) als erloschen angesehen werden müsse, wenn sie sich endgültig mit dem Eigentum in einer Person vereinige.

Mit dem von dem 12. ZivSen. aufgestellten Grundsatze könnte jedoch im vorl. Falle nur das Erlöschen der endgültigen Eigentümergrundschulden gerechtfertigt werden, die während der Eigentumszeit des Voreigentümers wegen pünktlicher Zahlung der jeweils fälligen Zinsen entstanden wären. Er würde jedoch versagen gegenüber den endgültigen Eigentümergrundschulden, die nach dem Eigentumswechsel etwa dadurch entstanden sind, daß die Zinsen für die in die Zeit nach der Eigentumsveränderung fallenden Zinszahlungsabschnitte pünktlich entrichtet worden sind, und auch gegenüber der endgültigen Eigentümergrundschuld, die dadurch entstanden ist, daß das Kapital nicht vor Ablauf der vereinbarten Vertragszeit zur Zurückzahlung gelangt ist. Denn bei Annahme einer Hypothek für eine aufschiebend bedingte Strafzinsforderung und eine aufschiebend bedingte Entschädigungsforderung fände eine Vereinigung von Eigentum und Hypothek in diesen Fällen nicht statt. Die auflösend bedingte Eigentümergrundschuld wird nämlich nicht in der Hand desjenigen zu einer endgültigen Eigentümergrundschuld, der im Zeitpunkt des Ausfallens der auflösenden Bedingung Eigentümer des Grundstücks ist, sondern in der Hand desjenigen, der als Eigentümer die Hypothek bestellt hat (RG. 51, 43; 78, 398[2]), bes. 409; KGJ. 49, 214, bes. 219; Planck § 1113 Anm. 5g, § 1163 Anm. 3d; Predari § 19 A. 9 A). Hat nach der Bestellung der Hypothek der Eigentümer gewechselt, so steht also dem Eigentümer im Zeitpunkt der Eintragung der Hypothek die endgültige Eigentümergrundschuld zu, nicht dem späteren Eigentümer.

Der eingehend und überzeugend begründete Grundsatz des 12. ZivSen. ist daher nicht für den hier in Betracht kommenden Fall verwendbar, wo der die Hypothek bestellende und mithin die end-

---

[1]) JW. 1911, 404. [2]) JW. 1912, 646.

gültige Eigentümergrundschuld erwerbende Eigentümer nicht der Eigentümer im Zeitpunkt des Ausfallens der auflösenden Bedingung ist. Er vermag auch nicht die Geltendmachung der noch auflösend bedingten Eigentümergrundschuld durch den bestellenden Eigentümer im Zwangsversteigerungsverfahren auszuschließen.

Der Sen. hat in seinen bisherigen Entsch. (KGJ. 20, A 204, 36, A 233; 49, 214; 52, 197/99) angenommen, daß es sich bei den für den Fall des Eintritts bestimmter Umstände versprochenen Mehrzinsen oder Entschädigungsforderungen um aufschiebend bedingte Nebenforderungen handele. Der Sen. hat aus dieser Beurteilung der Nebenforderung gefolgert, daß die bestellte Hypothek insoweit eine Hypothek für aufschiebend bedingte Nebenforderungen sei. Die Frage, ob nicht darüber hinaus die Hypothek für die Nebenforderungen als durch das Entstehen der Nebenforderungen bedingte Hypothek anzusehen sei, ist nicht geprüft worden. Aber schon die wirtschaftlich und rechtlich nachteiligen Wirkungen, welche die Annahme einer Hypothek für eine aufschiebend bedingte Nebenforderung äußert, lassen Zweifel daran aufkommen, ob diese Auffassung der Sachlage in Wahrheit gerecht werde.

Das Entstehen einer Eigentümernebenleistungshypothek führt weiter zu der von KGJ. 49, 214 gezogenen Folgerung, daß, wenn nach Ablauf der ursprünglichen Vertragszeit das Bestehenbleiben der Hypothek vereinbart wird, bei der für den Fall vorzeitiger Rückzahlung des Kapitals eine Entschädigung versprochen war, und nun für die neue Vertragszeit wiederum für den Fall vorzeitiger Rückzahlung des Kapitals eine Entschädigung festgesetzt wird, diese neue Nebenleistung die Rangstellung der alten Nebenleistung nur dadurch erhalten könne, daß der Besteller unter gleichzeitiger Abtretung des dinglichen Rechtes die Eigentümernebenleistungshypothek in eine Hypothek für die neue bedingte Entschädigungsforderung umwandle. Dieser Standpunkt, der auch für die Strafzinsen in KGJ. 52, 197 grundsätzlich aufrechterhalten ist, widerspricht dem Rechtsempfinden und führt zu überspitzten und gekünstelten Rechtskonstruktionen. Denn das Rechtsempfinden verlangt, daß nach Ablauf der ursprünglichen Vertragszeit das Fortbestehen der Hypothek mit denselben oder ähnlichen, den Umfang nicht erweiternden Bedingungen an der alten Rangstelle müsse vereinbart werden können.

Bedenken muß auch die rechtliche Natur dieser Eigentümernebenleistungshypothek erwecken. Während die endgültigen Eigentümerhypotheken oder -grundschulden, die sonst nach dem Gesetz entstehen oder vorhanden sind, von dem Eigentümer als fester Vermögensgegenstand erworben werden und von ihm mit oder ohne Veränderung ihres Inhalts als gesichertes Recht weitergegeben werden können, wird die Nebenleistungshypothek von dem Eigentümer als ein von dem Fortbestehen des Hauptrechts abhängiges und mit ihm erlöschendes Recht erworben (KGJ. 42, 270; 49, 218; RG. 74, 81[3]); RGR-Komm. § 1178 A. 3). Diese akzessorische Eigenschaft der Eigentümernebenleistungshypothek hätte zur Folge, daß auch der Dritte, auf den der Eigentümer das ihm zustehende Recht unter Umwandlung in eine Hypothek für eine selbständige Forderung dieses Dritten überträge, nur ein in seinem rechtlichen Bestande von dem Hauptrecht abhängiges Recht erlangte. Die Eigentümernebenleistungshypothek wäre demnach im praktischen Ergebnisse nur in der Art verwendbar, daß der Eigentümer sie wieder an den Inhaber des Hauptrechts abtritt und für neue Nebenforderungen des Hauptrechts in eine Hypothek umwandelt.

Diese Erwägungen weisen darauf hin, daß jede rechtliche Beurteilung, die die erwähnten Schwierigkeiten und Spitzfindigkeiten vermeidet, den Vorzug verdient. Eine solche rechtliche Beurteilung würde die sein, daß in Fällen, wo die Verpflichtung zur Entrichtung gewisser Nebenleistungen nur für den Fall des Eintritts bestimmter Ereignisse vereinbart wird, die Hypothek für diese Nebenleistungen als eine durch die Entstehung der Nebenleistungsforderung aufschiebend bedingte Hypothek anzusehen ist. Die Hypothek würde hierbei allerdings in ihrer rechtlichen Verfassung nicht einheitlich erscheinen, insofern, als die Hypothek für die Hauptforderung und die unbedingten Nebenleistungen sich als eine unbedingte Belastung des Grundstücks und die Hypothek für die bedingten Nebenleistungen sich als eine aufschiebend bedingte Belastung darstellen würde. Dem stünde jedoch kein zwingender Rechtssatz entgegen. Nach den Bestimmungen des BGB. besteht zwar neben der Hypothek für die Hauptforderung nicht eine besondere Hypothek für die Zinsen und sonstigen Nebenleistungen. Die Hypothek erstreckt sich vielmehr auf Haupt- und Nebenforderungen und die Rechtsverhältnisse der ganzen Hypothek gelten grundsätzlich auch für ihre einzelnen Teile (RG. 72, 362, 364[4])). Dies schließt aber nicht aus, daß für Haupt- und Nebenrecht dennoch besondere Rechtsverhältnisse in Frage kommen können. So ist es in RG. 132, 106[5]) und KGJ. 33, SA 250; 43, 234 anerkannt, daß das Rangverhältnis für ein Nebenrecht ein anderes sein kann als das für das Hauptrecht. Ferner ist KGJ. 46, 233 (vgl. auch RGR-Komm. § 1178 A. 3) zugelassen worden, die Hypothek für die Hauptforderung unbedingt, für das Zinsrecht dagegen auflösend bedingt zu bestellen. Was für die auflösende Bedingung gilt, muß aber auch für die aufschiebende Bedingung Geltung haben. Die rechtliche Möglichkeit, daß die im übrigen unbedingte Hypothek nur für gewisse Nebenforderungen aufschiebend bedingt sein könne, ist auch der Vorschrift des § 1118 BGB. zu entnehmen. Wenn § 1118 BGB. bestimmt, daß das Grundstück kraft der Hypothek auch für diese Nebenforderungen haftet, so ist der Sinn der Vorschr. der, daß auf Grund der Hypothek allerdings die Haftung des Grundstücks für diese Forderungen eintritt, jedoch nur dann, wenn die genannten Nebenforderungen zur Entstehung kommen. Entstehen solche Nebenforderungen nicht, so entsteht auch die die Haftung des Grundstücks begründende Hypothek für sie nicht. Das Gef. behandelt also die Hypothek für die in § 1118 BGB. bestimmten Nebenforderungen insoweit als eine durch die Entstehung der Nebenforderung bedingte Hypothek, so daß die Hypothek die sonst unbedingt bestellt ist, nur hinsichtlich der erwähnten Nebenforderungen die Natur einer aufschiebend bedingten Hypothek hat. Diese Bedingtheit der Hypothek ist nach RG.: JW. 1931, 1761 der Grund, warum in Ansehung der gesetzlichen Verzugszinsen keine Eigentümergrundschuld entsteht, wenn das Kapital pünktlich gezahlt wird. Denn kommt die Hypothek hinsichtlich der gesetzlichen Verzugszinsen wegen Nichteintritts des Verzuges nicht zur Entstehung, so ist auch die Entstehung einer Eigentümergrundschuld nicht möglich.

Auch sonst ist eine unbedingt bestellte Hypothek hinsichtlich gewisser Nebenleistungen ohne weiteres als aufschiebend bedingt anzusehen, nämlich hinsichtlich der künftigen Zinsen. Da die Haftung der Hypothek sich auch auf die erst in Zukunft fällig werdenden Zinsen erstreckt, so sichert sie insoweit auch künftige Zinsforderungen. Die Hypothek für die künftigen Zinsen wird aber von dem Gef. nicht gem. § 1113 Abs. 2 BGB. als eine Hypothek für künftige Nebenforderungen behandelt. Wäre sie nur eine Hypothek für künftige Zinsforderungen, so müßte sie, wenn die jeweiligen Zinsen bereits vor dem Beginn des in Betracht kommenden Zinsabschnittes gezahlt würden, also die Zinsforderung erst gar nicht zur Entstehung gelangt, in eine endgültige Eigentümergrundschuld in Höhe des jeweiligen Zinsbetrages übergehen. Ebenso müßte nach denselben Grundsätzen, wenn die jeweils fällig werdenden Zinsen pünktlich bei Eintritt der Fälligkeit gezahlt werden, die mit der Entstehung der Zinsforderung dem Hypothekengläubiger zugefallene Hypothek für die Zinsforderung durch die Tilgung der fällig gewordenen Zinsen gem. §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 BGB. in Höhe der gezahlten Zinsbeträge von dem Eigentümer erworben werden. Die Vorschr. des § 1178 Abs. 1 Satz 1 BGB. würde den Fortbestand dieser erworbenen Eigentümergrundschuld nicht hindern, da sie nur von der Hypothek für Rückstände von Zinsen handelt, also von der Hypothek für solche Zinsen, die trotz Fälligkeit nicht rechtzeitig gezahlt worden sind. Es wird nun aber allgemein angenommen (Wolff, Sachenrecht, § 149; Nußbaum, 2. Aufl., Lehrb. des Deutschen Hypothekenwesens S. 76; Höniger: DNotV. 1917, 22; Thiele: JW. 1931, 564, der angef. Beschl. des 12. ZivSen.), daß der Eigentümer in den erwähnten Fällen keine Eigentümergrundschuld in Höhe der gezahlten Zinsbeträge erwirbt. Dies kann nur darauf beruhen, daß das Gef. die Hypothek für die künftigen Zinsen überhaupt nur zur Entstehung kommen läßt, wenn die fällig gewordenen Zinsen nicht pünktlich gezahlt, sondern rückständig werden. Die Hypothek ist hiernach insoweit aufschiebend bedingt durch die Nichtzahlung im Zeitpunkt der Fälligkeit. Die Hypothek für die künftigen Zinsen tritt also stets als Hypothek für Rückstände von Zinsen ins Leben. Werden die künftigen Zinsen vor oder bei Fälligkeit bezahlt, so entsteht die Hypothek für die künftigen Zinsen überhaupt nicht. Dieser Auffassung stehen auch nicht die Vorschr. des ZwVerstG. (§§ 10 Abs. 1 Nr. 4, 12 und 13) entgegen, da die laufenden Zinsbeträge, für die auf Grund der Hypothek ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück an der Rangstelle der Hypothek gewährt wird (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZwVerstG.), i. S. der vorstehenden Ausführungen Rückstände von Zinsen sind (§ 13 ZwVerstG.).

Ähnlich ist die Rechtslage, wenn von einem bestimmten späteren Zeitpunkte ab höhere Zinsen für die Hypothekenforderung zu entrichten sind. Auch hier tritt auf Grund der Hypothek die Haftung des Grundstücks für die höheren Zinsen erst ein, wenn der festgesetzte Zeitpunkt gekommen ist. Die Wirkung der Hypothek selbst ist also insoweit an einen Anfangstermin gebunden, so daß die grundsätzlich unbedingt bestellte Hypothek doch in Ansehung der erhöhten Zinsforderung befristet ist.

Die angeführten Beispiele zeigen zugleich, daß das Gef. selbst in verschiedenen Fällen die für die Hauptforderung unbedingt (unbefristet) bestellte Hypothek in Ansehung von aufschiebend bedingten (betagten) Nebenforderungen auch als eine aufschiebend bedingte (betagte) Nebenleistungshypothek behandelt. Daraus kann allerdings nicht gefolgert werden, daß nach dem Gef. **allgemein** die Hypothek für aufschiebend bedingte (befristete) Nebenforderungen auch selbst als aufschiebend (befristet) zu gelten haben. Denn wenn auch die Vorschr. des § 1113 Abs. 2 BGB., wonach für eine künftige oder eine — aufschiebend — bedingte Forderung ebenfalls eine gegenwärtige und unbedingte Hypothek bestellt werden kann, sich in erster Linie auf

---

[3]) JW. 1910, 830.
[4]) JW. 1910, 188.
[5]) JW. 1931, 2727.

die Hauptforderung (das Hypothekenkapital) bezieht, so ist sie doch grundsätzlich auch für die Nebenforderungen anwendbar. Für aufschiebend bedingte oder künftige Nebenforderungen läßt sich daher auch eine unbedingte (unbefristete) Hypothek begründen. Dieser Grundsatz schließt jedoch nicht aus, daß das Ges. selbst die Hypothek für aufschiebend bedingte oder künftige Nebenforderungen, obwohl sie in Ansehung der Hauptforderung unbedingt (unbefristet) ist, unter Umständen als ein aufschiebend bedingtes (befristetes) Recht behandelt. Fälle, in denen dies vom Ges. geschieht, sind oben angeführt. Bei ihnen kommt die rechtliche Behandlung der Nebenleistungshypothek als einer aufschiebend bedingten (betagten) Hypothek dadurch zum Ausdruck, daß das Ges. beim Ausfallen der Bedingung bzw. Nichtentstehen der Forderung keine Eigentümergrundschuld zur Entstehung gelangen läßt. Dieses rechtliche Ergebnis ist aber nur auf Grund der Annahme möglich, daß das Ges. die Hypothek für die aufschiebend bedingte oder künftige Nebenforderung auch selbst als aufschiebend bedingt oder betagt ansieht, so daß, wenn die gesetzte aufschiebende Bedingung nicht eintritt bzw. die Nebenforderung nicht entsteht, auch die Hypothek selbst für die Nebenforderung nicht ins Leben tritt, also auch keine Eigentümergrundschuld entsteht.

Diese Erwägungen rechtfertigen die Annahme, daß auch die Hypothek, bei der für den Fall des Eintritts bestimmter Ereignisse eine höhere Verzinsung der Hauptforderung oder für den Fall vorzeitiger Rückzahlung des Kapitals eine Entschädigung vereinbart ist, hinsichtlich dieser aufschiebend bedingten Nebenforderungen kraft Ges. als aufschiebend bedingt anzusehen ist, wenn nach dem Ges. aus ihr beim Nichteintritt der Bedingung, mithin beim Nichtentstehen der Forderung keine Eigentümergrundschuld entsteht. Daß in der Tat in den erwähnten Fällen keine Eigentümergrundschuld zur Entstehung gelangt, wenn die aufschiebend bedingte Nebenforderung nicht entsteht, ist aber aus dem Ges. zu entnehmen.

Die Entrichtung der künftigen Zinsen ruft im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit keine Eigentümergrundschuld in Höhe des gezahlten Zinsbetrages hervor. Das gleiche ist von anderen Nebenleistungen jedenfalls insoweit anzunehmen, als sie — entsprechend den Zinsen — in wiederkehrenden Leistungen bestehen. Das Ges. läßt also in diesen Fällen keine Eigentümergrundschuld eintreten, obwohl eine Zinsforderung spätestens im Zeitpunkte der Fälligkeit entstanden und getilgt worden ist. Ebenso versagt im Falle des § 1178 Abs. 1 Satz 1 BGB. das Ges. dem Eigentümer, der Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen tilgt, den Erwerb einer Eigentümergrundschuld. Zwar entsteht die Eigentümergrundschuld durch die Bezahlung der Rückstände, aber sie erlischt sogleich durch die Vereinigung mit dem Eigentum. Auch in diesem Falle duldet aber das Ges. nicht das Bestehen einer Eigentümergrundschuld, obwohl nicht nur die Ansprüche auf die Zinsen oder andere Nebenleistungen, sondern auch die Hypothek selbst für sie entstanden waren. Gewährt hiernach das Ges. keine Eigentümergrundschuld, wenn künftige Zinsen pünktlich bei Fälligkeit bezahlt oder rückständig gebliebene Zinsen oder andere Nebenleistungen nachträglich vom Eigentümer entrichtet werden, obwohl in allen diesen Fällen die Nebenforderungen entstanden sind, so muß dasselbe Ergebnis erst recht dann angenommen werden, wenn die Nebenforderungen, wie die auf Strafzinsen oder bedingte Entschädigungen gerichteten, wegen des Ausfallens der aufschiebenden Bedingung überhaupt nicht zur Entstehung gelangen.

Die Nichtentstehung einer Eigentümergrundschuld in den hier in Betracht kommenden Fällen ergibt sich aber auch aus dem vom Ges. mit der Zulassung der Eigentümergrundschuld verfolgten Zwecke.

Die Eigentümergrundschuld verdankt ihre Aufnahme in das BGB. der Erwägung, die Anerkennung dieser Rechtseinrichtung sei zur Wahrung und Förderung des berechtigten Interesses, des Realkredits in großen Gebieten des Reiches, ferner aber auch deshalb geboten, um zu verhindern, daß den nachstehend Berechtigten ein durchaus unberechtigter Vorteil aus der Vereinigung eines vorstehenden Rechts mit dem Eigentum und seinem Erlöschen erwachse (Mot. III, 203, 726). Das berechtigte Interesse des Realkredits erfordert es, daß der Eigentümer, zumal wenn er den Gläubiger befriedigt (Mot. III, 726), die rechtliche Möglichkeit erhalte, die nämliche Sicherheit, welche die alte Hypothek dem Gläubiger verschaffte, zur Befriedigung eines weiteren Kreditbedürfnisses an einen neuen Gläubiger zu vergeben. Die Nachberechtigten haben auf Grund ihres Hypothekenrechts keinen Anspruch darauf, vorzurücken, wenn sich ein vorstehendes Recht mit dem Eigentum am Grundstück in einer Hand vereinigt. Die Annahme von Eigentümergrundschulden im Falle nicht entstandener Strafzinsen und Entschädigungen ist aber — wie insbes. die Ausführungen des 12. ZivSen., von Thiele und von Goldschmidt (a. a. O.) beweisen — im Gegenteil gerade geeignet, den Realkredit aufs schwerste zu gefährden. Diese Eigentümergrundschulden würden es im übrigen wegen ihrer oben gekennzeichneten Abhängigkeit von dem Hauptrecht dem Eigentümer auch nicht ermöglichen, sein Kreditbedürfnis durch Verwertung der Grundschulden zu befriedigen. Die Erwägungen, welche zur Schaffung der Eigentümergrundschuld geführt haben, treffen mithin hier nicht zu.

Der Sen. kommt nach alledem zu dem Ergebnis, daß, wenn bei einer Hypothek für den Fall des Eintritts bestimmter Umstände eine höhere Verzinsung oder für den Fall vorzeitiger Rückzahlung des Kapitals eine Entschädigung vereinbart ist, die Hypothek für diese Nebenforderungen kraft Ges. durch die Entstehung der Nebenforderungen aufschiebend bedingt ist. Entsteht daher die aufschiebend bedingte Nebenforderung nicht, so entsteht insoweit auch die Hypothek selbst nicht, so daß auch eine Eigentümergrundschuld nicht in Frage kommt.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 17. Dez. 1931, 1 X 661/31.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Karge, Berlin.

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Stettin. **I. Notverordnungsrecht.**

1. § 52 Teil 3 der 4. NotVO.; § 568 Abs. 2 ZPO. Beim Vorliegen von duae conformes kann die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung nicht mehr im Wege der weiteren Beschwerde erreicht werden. †)

Da der die Beschwerde des Schuldners zurückweisende Beschluß des LG. einen neuen selbständigen Beschwerdegrund nicht erkennen läßt, ist die weitere Beschwerde als unzulässig zu verwerfen. Daß die VO. v. 15. März 1918 (RGBl. I, 123) auf Zwangsversteigerungen nicht anzuwenden ist, ist anerkannten Rechts (vgl. DRZ., Rspr. 1929 Nr. 972 u. JMBl. 1930, 11, 20).

Der Sen. hat noch weiter geprüft, ob etwa die 4. NotVO. vom 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699) dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet, die Einstellung der Zwangsversteigerung und die Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses im Wege der weiteren Beschwerde zu erreichen. Diese VO. ist am 10. Dez. 1931 in Kraft getreten, während der Beschluß des BeschwG. bereits am 28. Nov. 1931 erlassen worden ist. Die Nichtanwendung der VO. kann also nicht einen in der Entsch. des BeschwG. enthaltenen neuen selbständigen Beschwerdegrund bilden. In dem Verfahren der weiteren Beschwerde ist aber das OLG. durch die Vorschr., daß nur beim Vorliegen eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes die weitere Beschwerde zulässig ist, gehindert, erst nach Erlaß des Beschlusses des BeschwG. erlassene Gesetzesvorschr. anzuwenden, sofern nicht der Gesetzgeber ausdrücklich ihre Anwendung in einem solchen Falle vorschreibt. Dies ist aber in der 4. NotVO. nicht geschehen, und daher kann das Gericht der weiteren Beschwerde, wenn nicht die weitere Beschwerde an sich zulässig ist, das neue Vorbringen des BeschwF., das sich auf die 4. NotVO. stützt, nicht

---

Zu 1 u. 2. Den beiden Beschlüssen des OLG. Stettin, die die gleiche Angelegenheit betreffen, ist im Ergebnis zuzustimmen.

I. Dem ersten Beschluß lag folgende Situation zugrunde: Vor dem Inkrafttreten der NotVO. v. 8. Dez. 1931, nämlich am 10. Nov. 1931, war der Zuschlag erteilt. Hiergegen hatte der Schuldner sofortige Beschwerde eingelegt, die das LG. durch Beschluß v. 28. Nov. 1931 zurückgewiesen hatte. Die hiergegen eingelegte weitere Beschwerde hat das OLG. in Ermangelung des nach § 568 Abs. 2 ZPO. erforderlichen selbständigen Beschwerdegrundes am 21. Dez. 1931 mit Recht als unzulässig verworfen. Insbes. hat das OLG. zutreffend angenommen, daß auch die VO. v. 8. Dez. 1931 die weitere Beschwerde nicht stützen konnte. Denn wenn auch eine vor dem Inkrafttreten der VO. zulässigerweise eingelegte weitere Beschwerde nachträglich auf § 5 der VO. gestützt werden kann, so kann doch eine wegen Fehlens des selbständigen Beschwerdegrundes (duae conformes) an sich unzulässige Beschwerde nicht dadurch zulässig werden, daß sie auf § 5 der VO. gestützt wird. Dies hat bereits Jonas in Anm. 2b zu § 22 VO. dargelegt.

II. Nach der Verwerfung der zu I erwähnten weiteren Beschwerde hat nunmehr der Schuldner, gestützt auf die inzwischen in Kraft getretene DurchfVO. v. 30. Jan. 1932 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Dieser Antrag kann nur als Antrag auf Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Beschwerdefrist i. S. von § 3 der DurchfVO. angesehen werden. Voraussetzung für diesen Antrag ist, wie das OLG. mit Recht annimmt, zunächst, daß überhaupt beim Inkrafttreten der VO. v. 8. Dez. 1931 die Frist zur Beschwerde gegen den Zuschlag noch lief. Denn rechtskräftig abgeschlossene Versteigerungsverfahren werden von der VO. nicht erfaßt (Jonas, Anm. 2 a zu § 22), und die DurchfVO. gibt nur eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Antrags- und Beschwerdefristen, die zur Erlangung der Einstellung aus § 5 beim Inkrafttreten der VO. liefen, nicht aber hat die DurchfVO. neue, in der VO. selbst nicht enthaltene Möglichkeiten zur Anfechtung eines Zuschlagsbeschlusses geschaffen.

Wenn nun das OLG. annimmt, der Zuschlagsbeschluß sei bereits mit der Zurückweisung der gegen ihn eingelegten Beschwerde, also mit dem 28. Nov. 1931 rechtskräftig geworden, so wird man dem schwerlich beitreten können. Gegenüber im Beschwerdeverfahren ergangenen landgerichtlichen Beschlüssen ist die weitere Beschwerde nicht wie Beschlüssen der OLG. an sich unzulässig, sondern nur von dem

mehr beachten (vgl. Jonas, Das Zwangsversteigerungsrecht, § 22 Anm. 2 b).

(OLG. Stettin, 1. ZivSen., Beschl. v. 21. Dez. 1931, 1 W 571/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Fischer, Stettin.

*

2. Die VO. v. 30. Jan. 1932 bezieht sich nicht auf Zwangsversteigerungsverfahren, die vor dem Inkrafttreten der 4. NotVO. Teil 3 rechtskräftig abgeschlossen waren. †)

Der Schuldner hat auf Grund der VO. v. 30. Jan. 1932 (RGBl. I, 37) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beim VollstrGer. beantragt. Das AG. hat den Antrag zur zuständigen Entsch. an das LG. abgegeben. Das LG. hat dem Schuldner die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt. Seine Beschwerde ist unbegründet.

Seine Ausführungen, daß das LG. zur Entsch. über den von ihm gestellten Wiedereinsetzungsantrag nicht zuständig sei, gehen fehl. Wie aus § 2 VO. v. 30. Jan. 1932 hervorgeht, kann für den Fall, daß der Zuschlag schon erteilt worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur im Wege der Beschwerde beantragt werden. Daher hat das LG. aus zutreffenden Erwägungen seine Zuständigkeit bejaht.

Mit Recht führt das LG. weiter aus, daß schon nach § 22 Abs. 3 Teil 3 der 4. NotVO. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699) die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung im Wege der Beschwerde nicht mehr zulässig war, wenn der Zuschlag beim Inkrafttreten der NotVO., d. h. am 10. Dez. 1931, rechtskräftig erteilt war (Jonas, Das Zwangsvollstreckungsnotrecht, 2. Aufl., § 22 Anm. 2 a), und daß daher auch die VO. v. 30. Jan. 1932 nicht die Möglichkeit eröffne, ein rechtskräftig abgeschlossenes Verfahren durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wieder aufleben zu lassen. Nach § 22 Abs. 3 a. a. O. kann nämlich die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung im Wege der Beschwerde gegen einen vor dem 10. Dez. 1931 erteilten Zuschlag nur innerhalb der für sie festgesetzten Frist beantragt werden. War am 10. Dez. 1931 der Zuschlag schon rechtskräftig geworden, dann konnte eine einstweilige Einstellung nicht mehr erreicht werden, weil die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen war.

Im vorl. Falle hat das LG. die sofortige Beschwerde des Schuldners gegen den Zuschlagsbeschluß v. 10. Nov. 1931 am 28. Nov. 1931 zurückgewiesen, und am 21. Dez. 1931 hat das OLG. die weitere Beschwerde als unzulässig verworfen. Das LG. stellt daher mit Recht fest, daß der Zuschlag bereits am 28. Nov. 1931 rechtskräftig erteilt war, so daß v. 10. bis 24. Dez. 1931 die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung nicht mehr im Wege der Beschwerde erreicht werden konnte. Da aber die VO. v. 30. Jan. 1932 nur in den Fällen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, in denen nach der 4. NotVO. die Beschwerde noch hätte eingelegt werden können, wird der vorl. Fall von der VO. v. 30. Jan. 1932 gar nicht betroffen. Weder die 4. NotVO. noch die VO. v. 30. Jan. 1932 wollen ein Verfahren, das vor Inkrafttreten der 4. NotVO. rechtskräftig abgeschlossen war, wieder aufleben lassen. Hieran wird nichts dadurch geändert, daß die VO. v. 30. Jan. 1932 in anderen Fällen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch nach Eintritt der Rechtskraft des Zuschlags gewährt.

(OLG. Stettin, 1. ZivSen., Beschl. v. 12. März 1932, 1 W 99/32.)

Mitgeteilt von OLGR. Fischer, Stettin.

Vorhandensein eines selbständigen Beschwerdegrundes abhängig, eine Voraussetzung, deren Vorhandensein nach Lage des Einzelfalles von dem zur Entsch. über die weitere Beschwerde zuständigen Gericht zu prüfen ist. Deshalb werden die im Verfahren auf sofortige Beschwerde von den LG. erlassenen Beschlüsse (mit Ausnahme der Prozeßkosten betreffenden [§ 568 Abs. 3 ZPO.]) nicht mit ihrem Erlaß, sondern erst nach Ablauf der Beschwerdefrist rechtskräftig. Wenn nun auch die Einreichung einer später als unzulässig verworfenen Beschwerde den Eintritt der Rechtskraft nicht hemmt, so folgt doch daraus nur, daß bei Einlegung einer solchen Beschwerde die Rechtskraft der angefochtenen Entsch. nicht mit dem Erlaß der die Beschwerde verwerfenden Entscheidung, sondern mit dem Ablauf der Beschwerdefrist eintritt (Stein-Jonas, Anm. II, 2 Abs. 2 zu § 705 ZPO.). Die Annahme des OLG., daß die Rechtskraft im Falle der Einlegung eines als unzulässig verworfenen Rechtsmittels schon mit dem Erlaß der angefochtenen Entsch. eingetreten sei, ist dagegen nicht zu rechtfertigen. Da nun die Frist zur Einlegung der sofortigen weiteren Beschwerde gegen den am 28. Nov. erlassenen Beschwerdebeschluß nach dem 10. Dez. 1931 (dem Tage des Inkrafttretens der NotVO.) abgelaufen sein kann, so hätte an sich für den Schuldner zur Zeit des Inkrafttretens der NotVO. die Möglichkeit bestanden, eine neue, auf § 5 der VO. gestützte weitere Beschwerde gegen den Beschluß des LG., der seine Beschwerde gegen den Zuschlag zurückgewiesen hatte, einzulegen.

Im Endergebnis wird man aber dem OLG. auch in dieser Entsch. beitreten müssen, weil aus den gleichen Gründen wie sie in der zu I besprochenen Entsch. dargelegt sind, die erneute weitere Beschwerde in Ermangelung eines selbständigen Beschwerdegrundes unzulässig gewesen wäre. Denn die Geltendmachung des Einstellungsbegehrens aus § 5 im Beschwerdewege setzt voraus, daß die Beschwerde zur Zeit des Inkrafttretens der VO. v. 8. Dez. 1931 zulässig war. Ob der Zulässigkeit der Beschwerde der Ablauf der Beschwerdefrist oder der Umstand der duae conformes entgegensteht, kann keinen Unterschied machen.

Ministerialdirektor Dr. Volkmar, Berlin.

Celle. II. Materielles Recht.

3. § 54 GBO.; §§ 873, 925 BGB. Eine Eintragung in das Grundbuch, die der Grundbuchführer als fertiggestellt ansieht, kann nicht mehr geändert werden.

Die Eigentumsübertragung von Grundstücken erfolgt gemäß §§ 873, 925 BGB. durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch. Da die Auflassung bereits am 2. Jan. 1930 erfolgt war, wurde der Eigentumserwerb mit der Eintragung im Grundbuch rechtswirksam. Damit die Eintragung im Grundbuch Wirksamkeit äußern kann, ist allerdings ein gewisser Abschluß des von den Grundbuchbeamten (Grundbuchrichter, Grundbuchführer) vorgenommenen Eintragungsvorganges erforderlich. Der Sen. steht jedoch auf dem Standpunkt, daß es hierzu nicht einer Bek. der Eintragung an die Beteiligten, wenn auch nur in formloser Weise, bedarf. Die Grundsätze, welche sonst für die Wirksamkeit von Beschl. und Vfg. im Zivilprozeß gelten, können nicht in vollem Umfange auf die hier zu entscheidenden grundbuchmäßigen Fragen Anwendung finden. Beschl. müssen nach § 329 ZPO. verkündet oder, soweit sie nicht verkündet worden, den Parteien zugestellt werden. Dasselbe gilt von Vfg. des Vorsitzenden sowie eines beauftragten oder ersuchten Richters. Erst mit dieser Bekanntgabe der Beschl. und Vfg. erlangen sie Rechtswirksamkeit. Für die Eigentumsübertragung an Grundstücken ist jedoch nicht die Bekanntgabe der Grundbucheintragung, sondern die Grundbucheintragung als solche der Vorgang, welcher die rechtsändernde Wirkung hervorbringt. In diesem Sinne ist die Grundbucheintragung auch nicht mehr ein bloß innerer Geschäftsakt der Grundbuchbeamten, wenn die Grundakten nach Eintragung und Unterschrift durch die Grundbuchbeamten an die Kanzlei gelangen, damit nunmehr die Benachrichtigungen an die Beteiligten erfolgen. Aber auch dann, wenn nach der Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch und nach der Unterschrift dieser Eintragung die Akten, da sie noch für andere Anträge gebraucht werden, nicht zu der Kanzlei gelangen, ist die Eintragung schon fähig, Rechtswirkung nach außen zu äußern, nämlich spätestens von dem Zeitpunkt ab, in welchem das Grundbuchlesen durch den Grundbuchrichter und den Grundbuchführer abgeschlossen ist und diese die Grundbucheintragungen als erledigt ansehen.

Dieser mit Güthe-Triebel, 5. Aufl., Anm. 3 zu § 54 GBO. zum Teil in Widerspruch stehende Ansicht, steht RG. 57, 277 nicht entgegen. Das RG. führt auf S. 284 aus, daß es richtig sei, daß nach der stets auch in Grundbuchsachen geübten Praxis, der keine gesetzliche Best. entgegenstehe, der Richter seine Verfügung, auch wenn dadurch eine Eintragung angeordnet sei, so lange ändern könne, als sie ein Internum des Gerichts geblieben, als sie den Beteiligten noch nicht bekannt geworden sei. Das RG. hat hier nicht ausgesprochen, daß dies auch für die Eintragung selbst gelte. Wenn das RG. ausführt, daß eine Änderung der Eintragung dann nicht bewirkt werden könnte, nachdem die Beteiligten von der unrichtigen Eintragung Kenntnis erhalten hätten, so geht hieraus nicht hervor, daß das RG. die Eintragung dann noch für abänderbar halte, wenn sie noch nicht zur Kenntnis der Beteiligten gelangt sei.

(OLG. Celle, 3. ZivSen., Urt. v. 19. Okt. 1931, III U 92/31.)

Mitgeteilt von JR. Dr. Borchers, Celle.

*

Frankfurt a. M.

4. § 994 BGB. Eine Verwendung im Rechtssinne liegt dann vor, wenn der Aufwendende sie gemacht hat, um der Sache zu nützen, die Aufwendung aber dann unterlassen hätte, wenn er die Sache nicht hätte verbessern oder vor Verderben schützen wollen.

Nach § 994 BGB. müssen notwendige Verwendungen ersetzt werden. Notwendig sind Verwendungen dann, wenn sie zur Erhaltung der Sache dienen. Zu unterscheiden von dem Begriff der Notwendigkeit ist aber der Begriff der Verwendung selbst, man kann nicht schlechthin jede Maßnahme an einer Sache, die an sich deren Erhaltung oder Verbesserung dient als eine Verwendung auf die Sache im Rechtssinne zu bezeichnen. Zu dem Begriff der Verwendung gehört, daß derjenige, der eine zur Erhaltung der Sache notwendige Maßnahme ergreift, einen Vermögenswert an die Sache wenden will. Er muß das Bewußtsein und den Willen haben mit dem Opfer eines Vermögenswertes der Erhaltung dieser Sache zu dienen.

Von einer Verwendung kann aber dann nicht gesprochen werden, wenn die Leistung gemacht wird ohne Rücksicht darauf, ob sie

der Sache zugute kommt, oder gar, wenn der Leistende zu dieser Leistung verpflichtet ist, gleich, ob sie der Sache nützt oder schadet.

So kann z. B. der Besitzer eines Automobils, der, um es unterzustellen, eine Garage mietet, weil er selbst das Auto nicht verwahren kann, die vorverauslagte Miete unter dem Gesichtspunkt der Verwendung verlangen, denn er hat einen Vermögenswert zur Erhaltung des Automobils geopfert. Eine solche Verwendung ist auch notwendig, denn ohne geeignete Unterstellung leidet ein Automobil Schaden.

Die Leistung der Bekl. bestand darin, daß sie G. den Gebrauch der Garage überließ. Das hat sie aber nicht getan in dem Bewußtsein und dem Willen, das der Kl. gehörige Automobil zu erhalten, sondern nur, weil sie den mit G. geschlossenen Mietvertrag erfüllen mußte und erfüllen wollte. Daß G. überhaupt einen Gegenstand in die Garage untergestellt oder ein bestimmtes Automobil oder gar das der Kl. untergebracht hatte, war der Bekl. gleichgültig. Sie hätte die Garage auch zur Verfügung gestellt, wenn G. jeden Tag ein anderes Automobil oder gar nichts untergestellt hätte. Ihren Anspruch auf Zahlung des Mietzinses hatte sie in jedem Falle. Sie wollte also gar nicht irgendeinen Gegenstand, irgendein Automobil oder das gar der Kl. vor dem Verderben bewahren, sondern sie wollte ihre Garage vermieten. Deshalb kann man nicht von einer Verwendung auf das Automobil i. S. des § 994 BGB. sprechen.

(OLG. Frankfurt a. M., Urt. v. 4. Dez. 1931, 4 U 249/31.)

Mitgeteilt von RA. Max Bachrach, Frankfurt a. M.

III. Verfahren.

Königsberg.

5. § 4 Abs. 1 ZPO. Bei Berechnung des Streitwerts für die BerInst. bleibt eine von der Partei vorgenommene Verbesserung der Sache unbeachtlich.

Der RA. hat Erhöhung des Streitwerts für die BerInst. von 50 auf 110 ℳ begehrt und sich auf ein Gutachten berufen, nach dem der Wert des Kraftwagens zur Zeit 200 ℳ beträgt. Da es sich um Zurückschaffung dieses Wagens handelt, ist zwar nach §§ 4 Abs. 1, 6 ZPO. der Wert zur Zeit der BerEinlegung maßgebend. Indessen ist zu berücksichtigen, daß es sich bei § 4 Abs. 1 um eine zur Zeit des Währungsverfalls geschaffene Vorschr. handelt, welche nur dann Anwendung findet, wenn der Wert des unverändert gebliebenen Streitgegenstandes sich in der Zeit von der Klagerhebung bis zur BerEinlegung geändert hat. Der Wagen ist aber vor der BerEinlegung repariert und hierauf ist die Werterhöhung zurückzuführen. Der jetzige Wert scheidet deshalb aus, da der Grundsatz, daß der Wert der BerInst. in der Regel nicht höher sein kann, als der in erster Instanz durch Änderung des § 4 Abs. 1 nicht außer Kraft gesetzt ist.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 22. Febr. 1932, 7 W 165/32.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

---

b) Strafsachen.

Berlin.

6. §§ 304 Abs. 1, 154 Abs. 2 StPO. Wird dem Antrage der StA. auf vorläufige Einstellung des Verfahrens stattgegeben, so hat der Beschuldigte das Beschwerderecht.

Der Sen. vermag zwar der Ansicht von Löwe (18. Aufl., Anm. 5 zu § 154 StPO. S. 248), daß der Besch. gegen den dem Antrage der StA. auf vorläufige Einstellung des Verfahrens gem. § 154 Abs. 2 stattgebenden Beschl. kein BeschwR. habe, nicht beizutreten. Nach § 304 Abs. 1 ist vielmehr das BeschwR. des Besch. zulässig; denn im § 154 hat das Ges. jenen Beschl. nicht ausdrücklich einer Anfechtung entzogen, wie es z. B. im § 153 Abs. 3 der Fall ist. Der Beschw. muß aber aus sachlichem Grunde der Erfolg versagt bleiben. Die Best. des § 154 hat den Zweck, ohne Prüfung der Verdachts- und Schuldfrage einer unnötigen Häufung von Strafverfolgungen vorzubeugen (DRZ. 1928, 198 Nr. 424), und der BeschwF. hat auch jetzt noch keine Gründe vorgebracht, die es rechtfertigen könnten, den allgemeinen gesetzlichen Zweck hinter den besonderen persönlichen Interessen des BeschwF. zurücktreten zu lassen.

(KG., 2. StrSen., Beschl. v. 23. März 1932, 2 W 256/32.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Berlin.

Landgerichte.

Berlin.

1. § 10 Teil 3 der 4. NotVO. verpflichtet das Gericht, auf Antrag eines der in § 10 genannten Institute den vor Inkrafttreten der VO. bestellten Zwangsverwalter abzuberufen und einen Institutsverwalter zu bestellen. †)

Am 29. Aug. 1931 ist auf Antrag der BeschwF., einer Hypothekenbank, die Zwangsverwaltung des Grundstücks angeordnet worden. Die Gläubigerin hat am 4. Febr. 1932, gestützt auf § 10 Teil 3 der 4. NotVO. v. 8. Dez. 1931 beantragt, an Stelle des bisherigen Zwangsverwalters H. ihren Angestellten K. zum Zwangsverwalter zu bestellen, und zugleich erklärt, daß sie die dem Zwangsverwalter nach § 154 Abs. 1 ZwVerstG. obliegende Haftung den Beteiligten gegenüber neben diesem übernehme. Das AG. hat den Antrag der Gläubigerin zurückgewiesen, mit der Begründung, daß § 10 Teil 3 der 4. NotVO. auf Zwangsverwaltungen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der 4. NotVO. anhängig waren, keine Anwendung finde.

Die Beschwerde der Gläubigerin ist begründet.

Für die Beantwortung der hier zu entscheidenden Frage, ob ein Angestellter eines der in § 10 Abs. 1 Teil 3 der 4. NotVO. aufgeführten Instituts auf dessen Antrag auch bei einer bereits anhängigen Zwangsverwaltung zum Verwalter zu bestellen ist, kann aus deren Wortlaut der Übergangsvorschrift des § 22 a. a. O. unmittelbar nicht entnommen werden. Wenn es dort in Abs. 1 heißt, daß die Vorschr. der §§ 1—10 auf anhängige Zwangsversteigerungen Anwendung finden, so ist entweder der § 10 der sich nur auf Zwangsverwaltungen bezieht, zu Unrecht aufgeführt, oder es fehlt der Hinweis auf die anhängigen Zwangsverwaltungen. Ebensowenig gestattet der Umstand eine Schlußfolgerung in dem einen oder anderen Sinne, daß die Bek. v. 22. April 1915 (RGBl. 233), deren § 3 das Vorbild des § 10 Teil 3 der 4. NotVO. war (Jonas, Zwangsvollstreckungsnotrecht § 10 Anm. 1), die Bestellung von Angestellten eines unter Staatsaufsicht stehenden Instituts ausdrücklich auch für anhängige Zwangsverwaltungen zuließ (§ 6 Abs. 2 Bek. vom 22. April 1915).

Die Fassung des § 22 a. a. O. spricht dem ganzen Aufbau dieser Vorschr. nach allerdings dafür, daß sie nur auf anhängige Zwangsversteigerungen Bezug haben solle. Mit Rücksicht auf die Fristen, an deren Beobachtung die Stellung des Antrages auf Einstellung der Zwangsversteigerung geknüpft wird (§ 6 Abs. 1 a. a. O.), erschien es geboten, eine besondere Regelung für den Fall zu treffen, daß seit der Zustellung des die Zwangsversteigerung anordnenden Beschlusses im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Teil 3 der 4. NotVO. bereits mehr als zwei Wochen verstrichen waren, und daß der Zuschlag in diesem Zeitpunkt bereits erteilt war. Für anhängige Zwangsverwaltungen bestand die Notwendigkeit einer Übergangsregelung nicht.

Es ist daher davon auszugehen, daß der Teil 3 der 4. NotVO. eine Bestimmung über die Anwendbarkeit des § 10 auf anhängige Zwangsverwaltungen nicht enthält. Die Entsch. der zur Erörterung stehenden Streitfrage hat somit nach den Grundsätzen zu erfolgen, die in der Rspr. und im Schrifttum für den Fall einer Änderung prozeßrechtlicher Bestimmungen aufgestellt worden sind. Es ist anerkannten Rechts, daß ein geändertes Prozeßgesetz auf anhängige Verfahren in vollem Umfange in der neuen Fassung anzuwenden ist, „soweit nicht reine Rechtswirkungen vergangener Handlungen in Frage kommen" (RG. 16, 398 [VerZivSen.]; 48, 406; 110, 162[1]); Stein-Jonas, 14. Aufl., Bd. II S. 1097; Rosen-

---

Zu 1. Dem LG. kann darin beigestimmt werden, daß die Frage, ob § 10 Teil 3 der 4. NotVO. auf bei ihrem Inkrafttreten schwebende Verfahren Anwendung findet, in der Übergangsvorschrift des § 22 nicht geregelt ist. Die darin enthaltene Erwähnung des § 10 beruht auf einem Redaktionsversehen. Die Frage ist deshalb nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, und das LG. geht dabei mit Recht davon aus, daß § 10 wie jede Änderung prozessualer Vorschr. in Ermangelung einer gegenteiligen Bestimmung der VO. auf anwendbare Zwangsverwaltungsverfahren anwendbar sei. Dem LG. kann ferner auch zugegeben werden, daß die Besonderheit des § 10 gerade in der Verpflichtung des Gerichts beruht, den vorgeschlagenen Institutsvorsteher, soweit sich nicht aus § 10 selbst Bedenken ergeben, zu ernennen. Mit Unrecht folgert aber das LG. hieraus, daß das Gericht, wenn vor dem Inkrafttreten der VO. ein anderer Verwalter schon bestellt war, diesen auf Antrag eines der in § 10 bezeichneten Institute abzuberufen hat. Denn § 10 besagt nur, wer, wenn ein Verwalter zu bestellen ist, vom Gericht auszuwählen ist. Die Frage aber, wenn bei Vorhandensein eines Verwalters, dieser entlassen und durch einen neuen ersetzt werden kann, ist nicht in § 10 VO., sondern in § 153 Abs. 2 ZwVerstG. geregelt. Danach liegt, wie Jonas in Anm. 5 zu § 10 i. Verb. m. Anm. 7 zu § 13 zutreffend ausführt, die Entscheidung der Frage im pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts, das die Vorteile und Nachteile eines Verwalterwechsels sorgfältig abzuwägen haben wird. Eine andere Entsch. dürfte auch kaum dem praktischen Bedürfnis gerecht werden, da es unter Umständen sehr unzweckmäßig sein kann, einen eingearbeiteten Verwalter, der schon längere Zeit tätig gewesen ist, durch einen neuen zu ersetzen, vor allem die von der Bestellung eines Institutsverwalters zu erhoffenden Vorteile durch die Nachteile des Wechsels in der Wirtschaftsführung aufgewogen werden kann.

Ministerialdirektor Dr. Volkmar, Berlin.

---

[1]) JW. 1925, 1614.

berg, Lehrb., 3. Aufl., S. 19). Die Bestellung eines Zwangsverwalters äußert unzweifelhaft nicht Rechtswirkungen in dem Sinne, daß nicht die Bestellung eines anderen Zwangsverwalters möglich wäre. An dem allgemeinen Grundsatz der Anwendbarkeit neuer Prozeßrechtsnormen auf anhängige Verfahren ergibt sich hiernach die Möglichkeit, auch in dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Teil 3 der 4. NotVO. anhängig gewesenen Zwangsverwaltungen aus § 10 a. a. O. anzuwenden und einen Angestellten eines der dort aufgeführten Institute zum Zwangsverwalter zu bestellen. Die Bestellung muß erfolgen, wenn das Institut die Haftung des Zwangsverwalters den Beteiligten gegenüber mit übernimmt, und wenn gegen den Vorgeschlagenen keine persönlichen oder sachlichen Bedenken bestehen.

Jonas (Zwangsvollstreckungsnotrecht § 10 Anm. 5 i. Verb. m. § 13 Anm. 7) vertritt die Auffassung, daß in anhängigen Zwangsverwaltungsverfahren die Ersetzung des bestellten Zwangsverwalters durch einen „Institutsverwalter" zulässig sei, daß es aber im Ermessen des Gerichts liege, ob es einen Institutsverwalter an Stelle des zunächst eingesetzten Zwangsverwalters bestellen wolle. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Wen das Gericht zum Zwangsverwalter bestellen wollte, lag von jeher in seinem Ermessen, es war schon vor dem Inkrafttreten des Teil 3 der 4. NotVO. nicht gehindert, den Angestellten einer Hypothekenbank als Zwangsverwalter einzusetzen. Neu ist an § 10 nur der Zwang, der auf das Gericht in dem Sinne ausgeübt wird, daß es unter gewissen Voraussetzungen einen Angestellten zum Zwangsverwalter bestellen muß. Wenn § 10 also auf anhängige Verfahren anwendbar sein soll, so muß die Anwendung auch insoweit erfolgen, als das Gericht die Bestellung eines Institutsangestellten zum Zwangsverwalter beim Vorliegen aller gesetzlichen Voraussetzungen nicht ablehnen darf.

Hiernach war der angefochtene Beschluß aufzuheben und das Amtsgericht anzuweisen, von dem erhobenen Bedenken, daß § 10 Teil 3 der 4. NotVO. auf anhängige Zwangsverwaltungen nicht anwendbar sei, Abstand zu nehmen. Da die BeschwF. die Haftungserklärung aus § 10 Abs. 2 a. a. O. i. Verb. m. § 154 Abs. 1 ZwVerstG. bereits abgegeben hat, so bedarf nur noch der Prüfung, ob der vorgeschlagene Angestellte sich zum Zwangsverwalter eignet.

(LG. III Berlin, Beschl. v. 1. März 1932, 2 T 1578/32.)

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Abel, Essen, Rechtsanwalt und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin, und Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden.

1. § 96 BetrRG. Grundsätzlich genießen die Mitglieder des Betriebsrats bei Kündigungen und Entlassungen aus Anlaß einer Teilstillegung keinen Vorzug vor den übrigen Arbeitnehmern. Sie können nicht beanspruchen, auf Kosten eines Arbeitskollegen in eine andere Abteilung übernommen zu werden. Verrichtete aber das Betriebsratsmitglied eine eigentlich produktive Tätigkeit in einem irgend in Betracht kommenden Umfange nicht, und wurde durch sein Verbleiben im Betriebe die Entlassung eines Arbeitskollegen nicht erforderlich, hätte vielmehr umgekehrt infolge seiner Entlassung ein anderes Arbeiterratsmitglied an seiner Stelle die Verrichtungen im Betriebsausschuß wahrnehmen und von der eigentlichen produktiven Arbeit befreit werden müssen, so ist durch die Teilstillegung eine Entlassung des Betriebsratsmitgliedes nicht erforderlich geworden.

(RArbG., Urt. v. 19. Juni 1931, RAG 631/30. — Duisburg-Hamborn.) [A.]

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Arlt und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

[>< Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. § 11 Abs. 2 EinkStG. Rechtsanwälte dürfen bei der Einkommensteuerveranlagung für 1930 die noch nicht gezahlten, im Jahre 1930 an sich fällig gewesenen Raten der Gewerbesteuer abziehen. †)

(RFH., Urt. v. 3. Dez. 1931, VI A 1526/31.)

Abgedr. JW. 1932, 537.

Zu 1. 1. § 11 schreibt für diejenigen StPfl., welche den Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben versteuern (Gegensatz: insbes. buchführende Kaufleute), die Berücksichtigung der Haben- und Sollposten, wie sie fallen, vor. Das entspricht der Übung der beteiligten Kreise, ist einfach und handlich und endlich auch deshalb zu begrüßen, weil der Zahler über das zur Entrichtung nötige Geld verfügt. Daher auch das Gewicht, daß mit Recht der RFH. auf das tatsächliche Zufließen im Gegensatz zur bloßen Fälligkeit legt. Nur in Ausnahmefällen befremdet diese Regelung den StPfl., wenn nämlich zufällig besonders hohe Einnahmen sich in einen StAbschnitt zusammendrängen, obwohl sie wirtschaftlich verschiedenen Jahren zuzurechnen sind. Durch die Addition ergibt sich dann eine starke StStaffelung nach oben. Beispiel: Ein Direktor läßt notgedrungen 1930 seine Tantieme stehen, die ihm 1932 zugleich mit der neuen von 1931, also doppelt, ausgezahlt wird (RStBl. 1928, 177). Oder Anfechtung der Pensionierung (StW. 1930 Nr. 347; RStBl. 1931, 383; StW. 1931 Nr. 704, 705). Inflationszahlung (StW. 1929 Nr. 410). Am einfachsten wäre eine Nachveranlagung oder die Anwendung des ermäßigten Satzes des § 58 EinkStG. Letzteres lehnt aber der RFH. (StW. 1927 Nr. 441) ab, nach dem Wortlaute mit Recht.

2. Immerhin versucht der RFH. allzu große Unebenheiten hinwegzuräumen. Hinsichtlich der Ausgaben zeigt das unser Urt. Denn auch bei ihnen kann der StPfl. ein Interesse daran haben, welcher StAbschnitt berührt wird. Je weniger er 1930 abziehen darf, desto höher steigt die Progression, die sich 1931 infolge des nunmehr erhöhten Subtrahendus ($1^3/_4$ statt 1) oft nicht in demselben Maße infolge der fallenden Einnahmen erniedrigt. Der RFH. läßt in unserem Urt. die Zuordnung zu 1930, also dem Jahre des wirtschaftlichen Zusammenhanges ausnahmsweise zu, weil steuerrechtlich Ausnahmeverhältnisse herrschten. Man fragt sich unwillkürlich, weshalb nicht dasselbe bei wirtschaftlichen Ausnahmezuständen gelten soll, z. B. beim obigen Tantiemeurteil. Vielleicht entschließt sich in der Deflationszeit der Moratorien, Zwangsvergleiche und Stillhaltungen der RFH. in Abkehr von seiner früheren Praxis unter Betonung des zeitlichen Notstandes zu einer milderen Handhabung. Ein Direktor, der im Werksinteresse die Erhebung seiner Bezüge hinausschiebt, empfindet es sonderbar, wenn er in Form eines StAufschlages eine negative Stillhaltungsprämie zu zahlen hat.

3. Noch deutlicher zeigt sich das Ausgleichsbestreben des RFH. in der Zulassung sog. Korrektivposten (JW. 1931, 1150 u. 2319 Note). Hier liegt im Rahmen des § 12 eine direkte neue Rechtsschöpfung vor, die mit der bisherigen Auslegung bricht und die auch für RA. von großer Bedeutung ist. Bisher hatte der RFH. die Vergünstigung des § 58 abgelehnt, wenn ein RA. in einem Jahre eine große, in vieljähriger Arbeit verdiente Entschädigung als Konkursverwalter erhielt (Pissel-Koppe § 58 S. 610). Für einen Konzernliquidator siehe allerdings RStBl. 1928, 292. Jetzt kann er bei Bestandsvergleich (JW. 1928, 982) bei Übergang von der reinen Ist- zur Sollrechnung, in jedem Jahre den Quotenanteil aktivieren, also verteilen (Analogie: StW. 1930 Nr. 1245). Der Übergang ist StW. 1931 Nr. 891 bei Ärzten als zulässig erklärt (ebenso StW. 1931 Nr. 1020). Über die aus der Bilanzkontinuität dagegen bestehenden Bedenken hat sich der RFH. hinweggesetzt. Man kann also so im gewissen Umfange die EinkSt. manipulieren. Eine genauere als die bisher bei RA. übliche Buchführung (Bestandskonten) empfiehlt sich ja schon deshalb, weil nach § 44 RBewG. die Büroeinrichtung, Bücher usw. als Betriebsvermögen gelten. Das Korrekturposten-Urt. wirkt geradezu umstürzend. Die gesamte bisherige Rspr. zu den §§ 11, 12 muß daraufhin nachgeprüft werden. Nur ein Beispiel: Ein HypDamnum war bis jetzt für Gläubiger und Schuldner nicht Einnahme und Ausgabe des Jahres des Vertragsabschlusses, sondern erst des Rückzahlungsjahres (RStBl. 1929, 175, 427; StW. 1929 Nr. 336, 496; RStBl. 1931, 811). Auf dem Umwege über den Korrekturposten kann wahrscheinlich der jährliche Unterschied aktiv und passiv auf die Laufzeit verteilt werden. Die EinkErmittlung nach § 11 nähert sich der kaufmännischen nach § 13. Schon früher (RFH. 20, 179) hatte der RFH. kaufmännische Grundsätze auf § 12 Abs. 2 übertragen. Pissel-Koppe § 11 S. 87 spricht von einer Ausstrahlung. Jetzt geschieht dasselbe bei § 11. Der Kreis schließt sich: Damit wird auf die Dauer wohl auch das schon sonst angegriffene Urt. RStBl. 1928, 196 erschüttert, daß bei nichtbuchführenden Landwirten die Berücksichtigung von Geldverlusten versagt.

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Zur Beschleunigung der Prozesse.

1. Es empfiehlt sich, die Information möglichst schnell und möglichst erschöpfend einzuziehen, den Machtgeber — wenn nötig — auf die möglichen prozessualen Folgen verspäteten Vorbringens hinzuweisen (§§ 278 Abs. 2, 279, 283 Abs. 2, 519, 529 Abs. 3 ZPO.).

   Es empfiehlt sich, sich bei Einziehung der Information nicht auf die allgemeine Bemerkung „bitte um Information" zu beschränken, sondern bestimmte Fragen — je nach Art, Geschäftsgewandtheit, Bildungsstufe des Machtgebers — möglichst in direkter Rede vorzulegen, insbesondere gegnerische Schriftsätze der Partei oder dem Verkehrsanwalt nicht ohne vorherige Durchsicht und nicht ohne Angabe der Punkte, auf die eine Erklärung erforderlich erscheint, zu übersenden.

2. Es empfiehlt sich, den Schriftsätzen, insbesondere der Klageschrift die erheblichen Schriftstücke, Verträge und sonstigen Urkunden in Urschrift oder Abschrift beizufügen.

   Es empfiehlt sich, den Sachverhalt daraufhin zu prüfen, ob durch die rechtzeitige Beiziehung von Urkunden der Prozeß gefördert wird, in diesem Fall die Urkunden rechtzeitig zu beschaffen, falls die Urkunden (insbes. Beiakten) sich im Besitze von Behörden befinden, diese Urkunden möglichst genau zu bezeichnen (Gericht, sonstige Behörde, Aktenzeichen, Name des Notars, Nummer des Notariatsregisters usw.).

   Es empfiehlt sich, bei Streitigkeiten, bei denen die Vorlegung eines Briefwechsels zur Aufklärung des Sachverhalts und zur rechtlichen Beurteilung des Streitstandes erheblich erscheint, sämtliche unter den Parteien gewechselten Schriftstücke vollständig durchzusehen und die wichtigen Schriftstücke möglichst bald dem Gericht vorzulegen. Für den Gegner des Vorlegenden empfiehlt es sich, diese möglichst bald zu prüfen und für den Fall, daß Mangel der Vollständigkeit gerügt wird, diesen möglichst substantiiert zu bezeichnen und diese Urkunden, falls möglich, vorzulegen.

3. Es empfiehlt sich, daß das Gericht dem ebenfalls Beachtung schenkt, daß es, möglichst rechtzeitig vor dem Verhandlungstermin, Urkunden, Beiakten, Vorprozeßakten usw. einfordert oder den Parteien die Vorlegung aufgibt.

   Beweisbeschlüsse wie „es sollen die Akten beigezogen werden" oder „Vertagung zwecks Beiziehung der Akten" sollten nicht oder nur in Ausnahmefällen vorkommen.

   Es empfiehlt sich, die Ausübung des richterlichen Fragerechts über Tatsachen, insbesondere über solche, von denen anzunehmen ist, daß die Parteien oder ihr Anwalt die Fragen nicht ohne weitere Erkundigung beantworten können, rechtzeitig vor der Verhandlung vorzubereiten.

   Es empfiehlt sich, schon vor der mündlichen Verhandlung auf sachliche Mängel des Parteivorbringens hinzuweisen.

4. Keine Häufung von und in Schriftsätzen! Kurze, schlagwortartige Hervorhebung der rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte genügt. Alles möglichst substantiiert! Bemerkungen, wie die: „Wie durch die Beweisaufnahme erwiesen ist", „wie das RG. in ständiger Praxis sagt" empfiehlt sich, durch genauere Angaben zu ersetzen: „wie durch die Zeugen X. und Y. in Verbindung mit der Urkunde Bl... erwiesen ist", „wie das RG. Band ... S.... sagt" usw. Dies gilt nicht nur von den Parteien, sondern auch von Behörden. Es erleichtert dies dem Gericht und dem Gegner, aber auch der übergeordneten Instanz die Arbeit; es dient auch dem Niederschreibenden zur Kontrolle und Selbstprüfung.

   Die wörtliche Anlehnung an die Informationsschreiben der Parteien ohne sachliche Verarbeitung und Kürzung führt häufig — vornehmlich in Ehesachen, aber nicht nur in diesen — zur übermäßigen Belastung aller Beteiligten.

   Freilich erfordert die Herstellung eines knappen, von Wiederholungen freien Schriftsatzes oder Urteils mehr Zeit und Arbeit; diese muß aber im Interesse der Rechtspflege, zur Vereinfachung des Verfahrens von allen pflichtgemäß geleistet werden.

5. Es empfiehlt sich, die — leider viel zu wenig beachtete — Bestimmung des § 272b ZPO. in der Praxis möglichst häufig und intensiv anzuwenden.

6. Es empfiehlt sich, Ereignisse, die den Wegfall eines Termines zur Folge haben (Tod einer Partei, Konkurs, Abschluß eines Vergleiches, Erkrankung usw.) umgehend dem Gericht und dem Gegner anzuzeigen, und zwar auf dem schnellsten Wege (fernmündlich, Telegramm).

   Andererseits sollten die Gerichte vermeiden, im letzten Augenblick Termine (etwa wegen Abgabe an eine andere Abteilung, Kammer oder Senat, Behinderung eines Richters, Fehlen von Beiakten, Asservaten u. dgl.) in Fortfall zu bringen. Ist dies aber unvermeidlich, sollten sie es den Parteien sofort auf dem schnellsten Wege (fernmündlich, telegraphisch) mitteilen.

7. Jede Sache sollte, wenn nicht zwingende Gründe vorliegen, zum ersten Termin spruchreif gemacht werden;

muß aber vertagt werden, so müßte jedes Gericht, mag es auch noch so überlastet sein, in der Lage sein, dann einen ganz kurzen Termin zu geben, wenn die Beschleunigung geboten ist, insbesondere Verschleppungsabsicht vermutet wird. Damit dient das Gericht zugleich der eigenen Entlastung.

8. Die immer noch weit verbreitete Ansicht, es bestehe bei erheblichem neuen Vorbringen im Falle der Nichteinhaltung der Fristen des § 132 ZPO. ein Anspruch auf Vertagung, ist irrig und vom RG. (unter dem 25. April 1928: HöchstRRspr. 1928 Nr. 2854) mit Recht abgelehnt. Im gegebenen Falle ist von der Fristsetzung des § 272a ZPO. zugunsten der überraschten Partei Gebrauch zu machen.

9. Die Vorschrift des § 227 Abs. 3 ZPO., daß die Verlegung eines Termins oder die Vertagung einer Verhandlung nur aus erheblichen Gründen erfolgen kann, ist nicht formularmäßig, sondern unter verständiger und gewissenhafter Prüfung des Einzelfalles anzuwenden.

   Es empfiehlt sich, die einzelnen Gründe in der Verhandlungsniederschrift anzuführen und nicht lediglich den Wortlaut des Gesetzes wiederzugeben.

10. Das Ruhen des Verfahrens bei Säumnis beider Parteien (§ 251a Abs. 2 ZPO.) darf nur in den Ausnahmefällen angeordnet werden, wenn das Gericht Grund zu der Annahme hat, daß die Parteien das Verfahren nicht ernstlich betreiben wollen. In der Anordnung eine Prozeßstrafe zu sehen, die wahllos bei Versäumnis beider Parteien ausgesprochen werden soll, ist nicht angängig, da die Gründe der Säumnis dem Gerichte vielfach unbekannt sein werden.

11. Es empfiehlt sich, bei Ausübung der richterlichen Fragepflicht auch die Rechtsfrage zu erörtern (§ 139 Abs. 1 ZPO.) und dessen eingedenk zu sein, daß die Fassung des § 235 Abs. 2 des Entwurfes zur ZPO. nur die gesetzliche Niederlegung einer jetzt schon, gerade von den besten Gerichten, geübten Praxis enthält.

12. Verzichtbare formale Einwendungen und Rechtsbehelfe sollten nur geltend gemacht werden, wenn es im Belange der Partei zur Durchführung des sachlichen Rechts erforderlich ist.

13. Die Erledigung des Rechtsstreites durch Teil- und Grundurteile (§§ 301, 304 ZPO.) fördert die Ordnung und Übersichtlichkeit des Verfahrens, dient der Beschleunigung des Verfahrens und ist auch auf dem Wege der §§ 145 und 146 ZPO. zu erstreben. Sie empfiehlt sich — namentlich bei größeren Sachen — auch zur Vermeidung von Wiederholungen bei Wechsel in der Besetzung des Gerichts. Solche Urteile sichern für die Zukunft vor neuen Anführungen, zu denen die vom Verlust bedrohte Partei neigt, und bedeuten eine Abkürzung späterer Verhandlungen.

14. Es empfiehlt sich, daß der Verkehrsanwalt mit dem Auftrage zur Einlegung des Rechtsmittels alsbald die Ausfertigung des mit Gründen versehenen Urteils und die Akten der Vorinstanz übersendet.

   Es empfiehlt sich, daß die Rechtsmittelbeklagte alsbald nach Einlegung des Rechtsmittels einen Prozeßbevollmächtigten höherer Instanz bestellt und ihm alsbald Akten und Urkunden übersendet. Nur die Aussicht, die Sache zu vergleichen und damit den Parteien Kosten zu ersparen, rechtfertigt ein anderes Verfahren.

15. Hinsichtlich der Aktenbehandlung empfiehlt sich folgendes: Bei Schriftsätzen, Anträgen, Erklärungen, Eingaben — und zwar nicht nur solchen, bei denen die Zustellung an den Gegner gesetzlich bestimmt ist — empfiehlt sich, daß der Anwalt die „erforderliche" Anzahl von Abschriften beifügt. Ebenso empfiehlt sich, daß der Anwalt von jedem Schreiben an den Gegenanwalt oder Verkehrsanwalt die erforderliche Anzahl von Durchschlägen beifügt. „Erforderlich" bedeutet in diesem Falle: So viel Abschriften, als der Anwalt vermutlich braucht.

16. Für die Gerichte empfiehlt es sich, bei Abschriften von Protokollen, Urteilen, Verfügungen in gleicher Weise zu verfahren. Es dient dies neben der Verbilligung des Betriebes auch der Beseitigung von Fehlern, die bei erneutem Abschreiben nie zu vermeiden sind, und der Beschleunigung des Verfahrens. Da die Behörden jetzt wohl durchgehend Schreibmaschinen verwenden, bedeutet dies eine geringfügige Mehraufwendung und eine im Zeitalter der Rationalisierung und der Notwendigkeit der Verbilligung unumgänglich nötige Maßnahme.

Die vorstehenden Vorschläge entsprechen den bereits JW. 1923, 5 und 1929, 81 (OLGPräs. Levin) gegebenen, durch Erfahrungen der Zwischenzeit ergänzten Anregungen. Manche von ihnen mögen, für sich allein betrachtet, klein, vielleicht kleinlich erscheinen. In ihrer Gesamtheit würden sie die Prozesse erheblich beschleunigen. Daß die Beschleunigung der Prozesse heute mehr denn je eine Forderung ist, die die Rechtsuchenden an alle Organe der Rechtspflege stellen, ist gerade in den letzten Tagen von so beachtlicher Stelle wie in dem Eingangsaufsatz dieses Heftes und auf der letzten Abgeordnetenversammlung des Deutschen Anwaltvereins anerkannt.

Selbstverständlich handelt es sich bei diesen Vorschlägen nur um unverbindliche Anregungen. Die oft ausgesprochene Bitte an alle Interessenten, Richter, Rechtsanwälte, Rechtslehrer, aber auch an die Vertreter der Wirtschaft, weitere Anregungen in diesem Sinne zu geben, darf wiederholt werden.

Für die Schriftleitung verantwortlich: Justizrat Dr. Dr. Julius Magnus, Berlin W 62, Maaßenstraße 27. (Fernsprecher: Lützow 6363.)
Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.